Die Übertragung des Arbeitsverhältnisses

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät der Ludwig Maximilians-
Universität zu München

vorgelegt von

Ernst Keßler
Gerichtsreferendar in München

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)
1939

Die Übertragung des Arbeitsverhältnisses

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät der Ludwig Maximilians-
Universität zu München

vorgelegt von

Ernst Keßler
Gerichtsreferendar in München

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1939

Hauptberichterstatter: Professor Dr. A. Hueck
Mitberichterstatter: Professor Dr. K. Blomeyer.

Tag der Genehmigung: 27. Juli 1939.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Übersicht.

Seite

Einleitung. 1

Teil A: Die Übertragung des Arbeitsverhältnisses vor Erlaß des Arbeitsordnungsgesetzes (AOG) . 2—17

I. Das Wesen des Arbeitsvertrages und des Arbeitsverhältnisses in der Dogmatik des BGB. 2

II. Die Übertragung als schuldrechtlicher Vorgang. 5

1. Die Übertragung einzelner Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. 7

2. Die Übertragung des Arbeitsverhältnisses in seiner Gesamtheit. 10

3. Die Übertragung der Arbeitsverhältnisse anläßlich der Übertragung des ganzen Betriebes. 13

III. Die Regelung der Übertragung im Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923. 16

Teil B: Die Übertragung des Arbeitsverhältnisses im nationalsozialistischen Arbeitsrecht. . . . 18—51

I. Der Wesenswandel des Arbeitsverhältnisses. 18

1. Der Meinungsstreit nach Erlaß des AOG. 18

2. Das Ergebnis der grundsätzlichen Auseinandersetzungen unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis (1938). Eigene Stellungnahme. 22

a) Arbeitsvertrag. 22

Seite

b) Der Arbeitsvertrag ein einheitlicher Vertrag. 26
c) Die Treuepflicht nach § 2 Absatz II AOG. 26
d) Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft. 28
e) Der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses. 30

II. Die Frage der Übertragung auf Grund der personenrechtlichen Anschauung des Arbeitsverhältnisses. 32
1. Der Übergang des Arbeitsverhältnisses als Ganzes auf eine andere Person widerspricht nicht dessen Wesen. . . . 32
2. Die Übertragung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung auf einen Dritten, bzw. die Übernahme der Verpflichtung zur Arbeit durch einen Dritten, ist mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses nicht vereinbar. 37
3. Die Regelung im Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis (1938). . . 39
a) Die Übertragung des Anspruchs auf die Dienstleistung auf einen Dritten, bzw. die Übernahme der Arbeitsverpflichtung durch einen Ersatzmann. . . . 40
b) Der Übergang des Arbeitsverhältnisses als Ganzes. 41
aa) Übergang anläßlich der ganzheitlichen Übernahme des Betriebes. 41
bb) Isolierter Übergang des Arbeitsverhältnisses. 47
4. Die Übertragung des Arbeitsverhältnisses ein spezifisch personenrechtlicher Vorgang. 48
5. Die Rechtslage nach heute geltendem Recht. 50

Schriftenverzeichnis. . . . . 52—56

Einleitung.

Durch das Grundgesetz der nationalsozialistischen Sozialverfassung, das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 (AOG), hat das Arbeitsverhältnis einen grundsätzlichen Wandel erfahren. Die vorliegende Arbeit bemüht sich um die Frage, wie sich diese Umwandlung des Arbeitsverhältnisses auf die Regelung der Übertragung ausgewirkt hat.

Beginnend mit einer kurzen Darstellung, wie die Übertragung des Arbeitsverhältnisses vor Erlaß des AOG geregelt war, wird demnach die Arbeit zunächst das Wesen des Arbeitsverhältnisses nach neuem Recht zu prüfen haben, um dann die Vorfrage zu klären, ob eine „Übertragung" dieses Arbeitsverhältnisses mit seinem Wesen überhaupt noch vereinbar ist und, falls das bejaht werden muß, inwieweit der Rechtsbegriff der „Übertragung" sich — im Rahmen des Arbeitsrechts — gewandelt hat. Von der Beantwortung dieser Vorfrage wird es abhängen, ob und inwieweit die Regeln des BGB auf die Übertragung des Arbeitsverhältnisses Anwendung finden können, nach welchen Rechtsregeln also sich die Übertragung nach heute geltendem Recht vollzieht.

Die Untersuchung der gestellten Fragen hat nicht nur rechtsdogmatische Bedeutung. Der praktisch wichtigste Fall der Übertragung des Arbeitsverhältnisses ist der Personenwechsel auf der Seite des Unternehmers, nämlich der Übergang eines Betriebes in andere Hände. Ein solcher Wechsel des Betriebsinhabers ist ein fast alltäglicher Vorgang, und die Untersuchung der Wirkungen dieses Betriebsübergangs auf die Einzelarbeitsverhältnisse und die Betriebsgemeinschaft ist deshalb von großer praktischer Bedeutung.

Teil A.

Die Uebertragung des Arbeitsverhältnisses vor Erlaß des Arbeitsordnungsgesetzes (AOG).

I. Das Wesen des Arbeitsvertrags und des Arbeitsverhältnisses in der Dogmatik des BGB.

Kennzeichnend für das individualistische Arbeitsrecht der Vorkriegszeit ist die Feststellung, daß der einzelne Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer im Vordergrund stand und daß für diesen Vertrag der Grundsatz von der Vertragsfreiheit maßgebend war, eine notwendige Forderung der Lehre vom „freien Spiel der Kräfte". Seiner Rechtsnatur nach wurde er als rein schuldrechtlicher Austauschvertrag über Lohn und Arbeitsleistung angesehen, und dadurch wurde die marxistische[1] Lehre von der Arbeit als „Ware", für die im Kampf der Interessen ein möglichst hoher „Kaufpreis" erzielt werden sollte, weitgehend verwirklicht.

Die Theorie der „Waffengleichheit", nach der die Arbeitsbedingungen durch „freie Vereinbarung" der angeblich gleichberechtigten Vertragspartner geregelt werden sollten, mußte sich in der Wirklichkeit in ihr Gegenteil verkehren, nämlich zur Selbsthilfe der „sozialen Gegenspieler" führen. Damit entwickelte sich das sogenannte kollektive Arbeitsrecht. An die Stelle des Einzelarbeitsvertrages tritt die Regelung der Ar-

---

[1] Vgl. Marx, Das Kapital, Bd. I, S. 168 ff; Brentano, Das Arbeitsverhältnis nach dem heutigen Recht, S. 182 ff.; Wehrle, Der Warencharakter der Arbeit und das heutige Recht.

beitsbedingungen vor allem durch Tarifvertrag. Das Gift des tatsächlich und rechtlich anerkannten Klassenkampfes verschärft die Gegensätze zwischen Unternehmer und Arbeiter so, daß schließlich Streik, Boykott, Aussperrung ausdrücklich vom Recht gebilligte Kampfmittel werden und so das Arbeitsrecht Gefahr läuft, zu einem Arbeitskampfrecht zu werden.

Dem Staat fällt in diesem kollektiven Arbeitsrecht lediglich die Aufgabe zu, schlichtend zu Hilfe kommen, die Spannungen und Interessengegensätze abzuschwächen und auszugleichen, den Klassenkampf zu mildern. Eine solche Sozial-„Ordnung", deren Ausgangs- und Endpunkt die Interessen in ihrer Gegensätzlichkeit sind, das Gegenüber, nicht aber das Miteinander, kann nur die Schäden verdecken, nicht aber die Gegensätzlichkeit überwindend durch Zusammenfassung der Kräfte eine echte, wirkliche Ordnung der Arbeit begründen.

Diese Grundlagen, auf denen sich das vorwiegend kollektive Arbeitsrecht der Zeit vom Beginn des Krieges bis 1933 aufbaute, zunächst anzudeuten, schien mir notwendig, um den Geist zu kennzeichnen, mit dem die vom Gesetzgeber zur rechtlichen Gestaltung des Arbeitslebens zur Verfügung gestellten Rechtsformen, insbesondere der Arbeitsvertrag, erfüllt wurden.

Nicht so sehr der Umstand, daß der Arbeitsvertrag von der weitaus herrschenden Lehre[2] als eine Unterart des BGB-Dienstvertrages angesehen und damit dem Schuldrecht zugeordnet wurde, kennzeichnet sein Wesen als die Wertung, die dieser Zuordnung zugrundeliegt: das Gemeinsame der Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Arbeiter wird zurückgedrängt, im Vordergrund steht die Festsetzung, daß die beiden sich gegenüberstehenden Parteien zu bestimmten einzelnen, meist vermögensrechtlichen Leistungen verpflichtet sein sollen. Seinem Inhalt nach war dieser Vertrag also in der Hauptsache ein Austausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt. Arbeitspflicht und Lohnzahlungspflicht sind die Hauptansprüche. Wenn auch mehr und mehr auf die Eigenart des Arbeitsvertrags

---

[2] Vgl. für viele: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, S. 100.

hingewiesen und neben dem Dauerrechtscharakter[3] der „personenrechtliche Einschlag“[4] des Arbeitsvertrages besonders hervorgehoben wurde, so haben diese wertvollen Gesichtspunkte doch nicht zu einem grundsätzlichen Wandel des Arbeitsvertragsrechts geführt. Die schuldrechtliche Grundlage wurde beibehalten, und der personenrechtliche Gehalt: Treue, Gehorsam, Fürsorge fand lediglich unter dem Abschnitt „Nebenpflichten“[5] Berücksichtigung.

Das aus diesem Arbeitsvertrage „entspringende schuldrechtliche Verhältnis“[6] nannte man „Arbeitsverhältnis“[7]. Das Arbeitsverhältnis war demnach der Arbeitsvertrag im Zustande der Erfüllung. Es teilte deshalb völlig das Schicksal des Arbeitsvertrages; wie dieser war es ein Schuldverhältnis. Dabei soll das Wesen des Schuldverhältnisses in der rechtlichen Beziehung von Person zu Person gesehen werden, durch die der eine, der Gläubiger, berechtigt wird, ein Verhalten, eine „Leistung“ des anderen, des Schuldners, zu fordern, um ein schutzwürdiges Interesse zu befriedigen, während der andere, der Schuldner, zu der Leistung verpflichtet wird.

Weil das BGB — ausgehend von der Gleichartigkeit aller von ihm geregelten Schuldverhältnisse — diese weitgehend denselben abstrakten Oberbegriffen unterordnet, wurden die Vorschriften der ersten beiden Bücher des BGB auch auf dieses Schuldverhältnis in vollem Umfang angewandt. Die Regelung der Übertragung des Arbeitsverhältnisses erfolgte also im Rahmen der im Schuldrecht ausgestalteten Rechtsformen.

---

[3] O. v. Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, in Iherings Jahrb. Bd. 64, S. 355 ff.; 359, 360.

[4] O. v. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889, S. 40; Deutsches Privatrecht Bd. III (Schuldrecht) 1917, S. 593 ff.; Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages und der abhängige Arbeitsvertrag, Leipzig 1925, S. 13; Vallbracht, Die personenrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses, Gießen 1927. Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts II, 1922, S. 17.

[5] Hueck-Nipperdey I, S. 177; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht 1932, 4. Aufl. S. 174.

[6] Hueck-Nipperdey, I, S. 112.

[7] Über die mehrfachen Bedeutungen des Begriffs „Arbeitsverhältnis“ vgl. Hueck in Iherings Jahrb. Bd. 74, S. 358 ff.

II. Die Uebertragung als schuldrechtlicher Vorgang.

Bevor im folgenden untersucht wird, wie die Übertragung des Arbeitsverhältnisses im bisherigen Recht gestaltet ist, worin also bisher ihr Rechtscharakter gesehen wurde, sei zuvor betrachtet, was, welcher reale Vorgang, hier rechtliche Form gewinnt.

Es ist zu unterscheiden, was übertragen wird: ob lediglich einzelne Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis oder aber das Arbeitsverhältnis in seiner Gesamtheit, ferner wer überträgt: der Unternehmer auf einen anderen Unternehmer oder aber der Gefolgsmann auf einen anderen Arbeiter.

Folgende Hauptfälle sind denkbar:

I.

a) Der Arbeiter A überträgt seinen ihm gegen den Unternehmer zustehenden Lohnanspruch (soweit nicht die Vorschriften über die Lohnpfändung eine Grenze setzen) auf B.

b) A kann aus irgendeinem Grunde die Arbeitsleistung für kürzere oder längere Zeit nicht erbringen (oder will es nicht) und stellt einen Ersatzmann zur Verfügung.

c) A überträgt seine gesamte Rechtsstellung auf den Arbeiter B, indem er selbst aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet und B in seine Rechtsstellung eintritt.

II.

a) Der Unternehmer U vereinbart mit dem Arbeiter A, daß A die Arbeit je nach Anforderung und Bedarf einem Dritten zu leisten hat[8].

b) Unternehmer I hat Arbeitsmangel, Unternehmer II dagegen Überfluß an Aufträgen, aber Arbeitermangel. U I ist vertraglich oder gesetzlich an das Einhalten einer längeren Kündigungsfrist gebunden.

---

[8] Vgl. über den Dienstverschaffungsvertrag Molitor-Hueck-Riezler, „Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Vertragsgesetzes“ 1925, S. 62.
Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. I, S. 432.

U II ist bereit, die bei U I überzähligen Arbeiter für die Dauer der Kündigungsfrist zu übernehmen.

Die Lohnfrage kann verschiedenartig gelöst werden:

aa) Der Lohnanspruch des Arbeiters gegen U I soll unverändert bestehen bleiben. U I vereinbart mit U II die Bezahlung einer Vergütung für die „Überlassung“[9] des Arbeiters.

bb) U I vereinbart mit U II, daß U II an den Arbeiter direkt den jeweils fälligen Lohn zahlen soll, wobei A berechtigt sein soll, den Lohn unmittelbar von U II fordern zu können.

cc) Vereinbarung wie im Fall bb), A soll jedoch nicht unmittelbar das Recht haben, den Lohn von U II fordern zu können.

dd) U II soll an die Stelle des U I in die Schuld eintreten, A sich demnach nur mehr an U II halten können.

c) U II ist bereit, den Arbeiter ganz zu übernehmen, U I scheidet sofort aus seiner ganzen Rechtsstellung aus, U II tritt in alle Rechte und Pflichten des U I ein.

d) U I veräußert seinen ganzen Betrieb an U II, der den Betrieb fortführt. Dabei übernimmt U II einige oder alle Arbeiter.

Für die Art und Weise, wie die beispielhaft angeführten verschiedenen Übertragungsvorgänge rechtlich gestaltet werden, kommt es entscheidend darauf an, wie die zwischen Unternehmer und Gefolgsmann bestehende Rechtsbeziehung aufgefaßt wird.

Das bisherige Recht sah im Arbeitsverhältnis einen gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrag, der mangels einer sondergesetzlichen Regelung den Vorschriften des BGB über die Schuldverhältnisse im allgemeinen und über den Dienstvertrag im besonderen unterstand. Die Rechtsformen, nach denen die Übertragung geregelt wurde, mußten demnach ebenfalls schuldrechtlich sein.

[9] Vgl. „Das ‚Überlassen‘ von Arbeitern an einen anderen Betrieb“, Amtsberg in Potthoff, Z. f. Arb. R. 1931, S. 82 ff.

1. Die Übertragung einzelner Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis.

(Beispiele I a) und b) bzw. II a) und b) auf Seite 5 und 6 dieser Arbeit.)

Hinsichtlich der Übertragung einzelner Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis wurden die §§ 398 ff. / 414, 415 in Verbindung mit § 613 BGB angewandt.

Nach § 398 BGB kann eine Forderung von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden. Dabei ist eine Mitwirkung des Schuldners nicht vorgesehen.

Nach den Bestimmungen der §§ 414, 415 BGB kann ein neuer Schuldner die Schuld des bisherigen übernehmen. „Der bisherige Schuldner wird frei, ein neuer tritt ein, die Obligation bleibt dieselbe"[10].

Die Tatsache, daß grundsätzlich jede Forderung ohne Mitwirkung des passiv Beteiligten auf einen Dritten übertragen werden kann, beweist, wie stark das Wesen des Forderungsrechtes als eines persönlichen Bandes zwischen den Beteiligten zugunsten der Verkehrsfähigkeit der Forderung zurückgetreten ist. Die Schuldner-Gläubiger-Beziehung hat sich in weitem Maße objektiviert. Dem abstrakten Herrschaftsrecht des Gläubigers steht die abstrakte Schuldnerverpflichtung gegenüber. Je mehr ein Recht für den Rechtsverkehr bestimmt ist (z. B. Wechselrechte), desto stärker ist diese Objektivierung ausgebildet und gerechtfertigt. Wenn aber Rechtsbeziehungen in besonderer Weise an die Person gebunden sind, wie das beim Dienstverhältnis und Arbeitsverhältnis der Fall ist, so widerstreben sie ihrem Wesen nach der Verkehrsfähigkeit und damit der Ungebundenheit der Übertragungsform.

Ihrer rechtlichen Natur nach ist die Abtretung ein abstraktes Verfügungsgeschäft. Die Macht, über einen Anspruch verfügen zu dürfen und ihn zu übertragen, wird hergeleitet aus dem Begriff des subjektiven Rechts, dem „Zentralbegriff

---

10 Enneccerus-Lehmann, Bd. II, § 84, II.

des Privatrechts", wie v. Tuhr ihn bezeichnet[11 12]. Seine Grenze findet die dem einzelnen zustehende Macht, verfügen zu dürfen, lediglich in der „höchst persönlichen Natur" bestimmter Rechte.

Diese Ansicht, daß Forderungen übertragbar sind, hat erst im 18. und 19. Jahrhundert auf Grund deutschrechtlicher Gedankengänge gesetzliche Anerkennung gefunden. (Zu vgl. Allgemeines Landrecht I, II, § 376 ff.; Cod. Civ. Art. 1689). Im römischen Recht waren Gläubiger und Schuldner untrennbar verbunden (iuris vinculum). Als einzige Nachfolge kannte es die successio heredis. Im übrigen war ihm aber die Sondernachfolge in Obligationen fremd. Die einzige Möglichkeit war die novatio. Einen Behelf schuf sich das römische Recht allerdings in der Prozeßprokuratur.

Die deutschrechtliche Auffassung von der Notwendigkeit, die Obligation von der ursprünglichen Vertragspartei ablösen und auf einen anderen übertragen zu können, hat ihre volle rechtliche Anerkennung erst im BGB gefunden. Dort aber in der Weise, daß grundsätzlich alle Forderungen übertragbar erklärt werden, ohne Rücksicht auf die Gestaltung des der Forderung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses. Nur ausnahmsweise verbietet das BGB die Abtretung einzelner Forderungen; § 399 BGB erklärt eine Forderung dann für unabtretbar, „wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann" oder „wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist". Das erste Abtretungsverbot des § 399 BGB knüpft demnach an ein objektives Moment, den objektiven Leistungsinhalt an, während das zweite Verbot es völlig dem Ermessen der Parteien überläßt, die Abtretung auszuschließen. Wenn das erste Abtretungsverbot auch objektiv vom Leistungsinhalt ausgeht, so bestimmt doch der Parteiwille letzten Endes, was als Leistungsinhalt anzusehen ist. Damit ist aber die Entscheidung darüber, ob die Forderung übertragbar sein soll oder nicht, in das Ermessen

[11] „Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts" Bd. I, Leipzig 1910, S. 53.

[12] Vgl. v. Tuhr, Bd. I, S. 194 und Bd. II (München und Leipzig 1914) S. 365.

der Parteien gelegt. In ihrem Belieben steht es, die Unübertragbarkeit der Forderung aufzuheben, wenn sie nur in den Grenzen des zwingenden Rechts bleiben; wie ja auch die Abtretungsverbote des § 399 BGB lediglich die Aufgabe haben, eine der Parteien, den Schuldner, zu schützen, so daß eine Abtretung entgegen dem Verbot lediglich eine relative Unwirksamkeit zur Folge hat. Der durch solche Bestimmung Geschützte kann die zu seinen Gunsten vom Gesetzgeber bestimmte Unwirksamkeit beseitigen, indem er zu der an sich unwirksamen Verfügung seine Genehmigung erteilt; dadurch wird die Abtretung rückwirkend von Anfang an wirksam[13].

Neben der allgemeinen Vorschrift des § 399 enthält das BGB zahlreiche Sonderbestimmungen, die bestimmte Forderungen für ebenfalls nicht abtretbar erklären. So die Bestimmung des § 613 Abs. II (ebenso auch die des § 664 Abs. II), offenbar ein unmittelbarer Anwendungsfall des § 399 Abs. I BGB; denn regelmäßig ist die Person des Gläubigers für die Übernahme von Dienstleistungen (bzw. die Besorgung eines Geschäfts) von ausschlaggebender Bedeutung, so daß an einen anderen Gläubiger die Leistung nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Möglicherweise kann sich jedoch aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Parteien die Übertragbarkeit der Forderung ergeben.

In Anwendung dieser Rechtsgedanken hat die Regelung, wie die Übertragung einzelner Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sich gestaltet, keine Schwierigkeiten gemacht, insbesondere weil das BGB hinsichtlich der Übertragbarkeit der Arbeitspflicht in § 616, Satz 1 und hinsichtlich der Übertragung des Anspruchs auf die Dienstleistung in § 613, Satz 2 Auslegungsvorschriften geschaffen hat.

Ist die Abtretbarkeit ausdrücklich vereinbart oder wird die Zustimmung zu ihr erteilt, so ist die Rechtslage eindeutig. Ist aber nichts vereinbart, und schweigt der andere Teil, so ist zweifelhaft, inwieweit die Übertragung einzelner Rechte oder Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis dem mutmaßlichen Willen dieses Teils entspricht und inwieweit eine Übertragung

[13] Für viele: RGRKom. § 399, Anm. 1.

ohne seine Zustimmung oder gar gegen seinen Willen zulässig ist.

Diese Fragen werden in anderem Zusammenhang zu prüfen sein.

2. Die Übertragung des Arbeitsverhältnisses in seiner Gesamtheit.

(Beispiele I c) bzw. II c) auf Seite 5 und 6 dieser Arbeit.

Charakteristisch für das BGB ist, daß es versäumt hat, die Übertragung eines Vertragsverhältnisses in seiner Gesamtheit auch nur mit einem Wort zu erwähnen, während es im allgemeinen Teil des Schuldrechts den Erwerb einzelner Forderungen, die Übernahme von Schulden, wie auch den Schuldbeitritt eingehend geregelt hat.

Aus diesem Grunde ist schon zur Beantwortung der Vorfrage, ob eine Übertragung eines Schuldverhältnisses als Ganzes überhaupt möglich sei, große Gedankenarbeit[14] geleistet worden.

Die weitere Frage nach der Rechtsnatur einer solchen Übertragung, nach dem Gewand, in die sie zu kleiden ist, und nach ihren rechtlichen Folgen, ist häufig erörtert worden. Zur Kennzeichnung des Meinungsstreits mag es genügen, die beiden Begriffe Zerlegungs- und Einheitstheorie zu nennen. An die eine knüpft sich der Name Demelius[15], der die Vertragsübernahme in einzelne Zessionen und Schuldübernahmen zerlegen will, an die andere der Name Sieber[16], der die Vertragsübernahme als einen einheitlichen Rechtsvorgang betrachtet wissen will.

---

[14] Vgl. Otto Baehr, in Iherings Jahrb. Bd. VI, S. 182; Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, § 398, Erläuterung 2; Staudinger, Kommentar zum BGB, 7. u. 8. Aufl., 1912, § 398 Vorbem., vgl. dagegen die gewandelte Ansicht in der 9. Aufl. 1930, § 398, Vorbemerkung I, 1. Enneccerus-Lehmann § 87, Erläutg. I.

[15] „Vertragsübernahme" in Iherings Jahrb. Bd. 72, S. 241 ff., besonders S. 256.

[16] „Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit" in Iherings Jahrb. Bd. 70, S. 294 ff. und Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1931, S. 128 ff.

Wichtig ist dabei, daß beide Theorien zu einer derartigen Abtretung der „Stellung in einem ganzen Schuldverhältnis" die Mitwirkung beider Vertragsgenossen des alten Schuldverhältnisses fordern. Wird nur der eine herangezogen, dann bleibt nur die Möglichkeit, die Abtretung mit einem Schuldbeitritt des Abtretungsempfängers auf dem Wege des Vertrags zugunsten Dritter zu verbinden[17].

Weil das Arbeitsverhältnis als schuldrechtliches Verhältnis aufgefaßt wurde, war das Problem der Übertragung dieses Verhältnisses als Ganzes nur eine Unterfrage des erörterten Problems der Übertragung eines Schuldverhältnisses in seiner Gesamtheit. Entsprechend der Zerlegungstheorie, die heute noch herrschend ist, wurde das arbeitsrechtliche „Schuldverhältnis" als ein Komplex von einzelnen Rechten und Pflichten, von Ansprüchen und Schulden angesehen, so daß für die Übertragung des ganzen Schuldverhältnisses die im BGB gegebenen Vorschriften für die Übernahme einzelner Rechte und Pflichten gesondert Anwendung fanden.

In diesem Zusammenhange zeigt sich mit besonderer Klarheit, welche Wirkung die Wertung des Arbeitsverhältnisses als einer schuldrechtlichen Rechtsbeziehung gezeitigt hat. Grundlage für die Regelung, wie die Übertragung des ganzen Arbeitsverhältnisses zu gestalten sei, war nicht die Eigenart dieses Verhältnisses. Die Entscheidung darüber, wie stark die Bindung der an diesem Verhältnis Beteiligten ausgeprägt und nach welchen Rechtsformen ein Ausscheiden aus dieser Bindung und eine Übertragung der gesamten Rechtsstellung auf einen andern möglich sein soll, wurde nicht aus der besonderen Natur des Arbeitsverhältnisses abgeleitet, sondern durch Auflösung der einheitlichen Rechtsstellung in einzelne, selbständig übertragbare Forderungen gewonnen. Demzufolge war die Lehre von der Nachfolge in das Arbeitsverhältnis als Ganzes nichts anderes als eine Kombination von Nachfolgen in die einzelnen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten.

---

[17] Vgl. RG. Bd. 130, S. 118.

Auf diese Weise blieb auch für die Übertragung des Arbeitsverhältnisses als Ganzes die gesetzliche Regelung der Forderungsabtretung, bzw. der Schuldübernahme (§ 398 ff. bzw. 414, 415 BGB und als Sonderfall des § 399 der § 613), Ausgangspunkt der Erörterung.

Weil nach § 613, Satz 1, BGB der Beschäftigte im Zweifel die Arbeit in Person zu leisten hat, ist er nur dann berechtigt, sich durch einen Ersatzmann vertreten zu lassen oder gar, ganz ausscheidend, einem anderen endgültig seine Stellung zu übertragen, wenn der Unternehmer zustimmt.

Auf der anderen Seite ist nach § 613, Satz 2 BGB auch der Anspruch auf die Arbeitsleistung im Zweifel nicht übertragbar, so daß auch zur Übertragung des Arbeitsverhältnisses als Ganzes auf einen fremden Unternehmer die Zustimmung des Arbeiters neben der des ausscheidenden wie des übernehmenden Unternehmers notwendig ist. Dabei muß der Arbeiter sowohl der Übertragung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung als auch der Schuldübernahme durch den Übernehmenden zustimmen und mit der Einordnung in den fremden Betrieb einverstanden sein. Ist der Arbeiter mit diesem Unternehmerwechsel völlig einverstanden, so ist von dem Zeitpunkt der Übernahme an nur der neue Unternehmer aus dem Arbeitsverhältnis berechtigt und verpflichtet. Ansprüche, die der Arbeiter gegen seinen bisherigen Unternehmer bereits erworben hatte, bleiben unberührt, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wurde.

Denkbar ist auch eine Vereinbarung, nach welcher der bisherige Unternehmer weiterhin Schuldner bleiben, der in das laufende Arbeitsverhältnis eintretende Unternehmer aber als Gesamtschuldner neben den ursprünglichen Schuldner treten soll. („Schuldmitübernahme".)

Verweigert der Arbeiter seine Zustimmung zu der Übertragung des Arbeitsverhältnisses, so läuft dieses mit dem bisherigen Unternehmer weiter. Dem Unternehmer bleibt nur die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung. Ist der Unternehmer außerstande, den Arbeiter noch weiter zu beschäftigen, und ist eine sofortige Entlassung nicht möglich, weil der Unternehmer vertraglich oder gesetzlich an die Innehaltung einer

längeren Kündigungsfrist gebunden ist, so kommt der Unternehmer in Annahmeverzug mit der Wirkung, die Arbeitsvergütung ohne Gegenleistung fort entrichten zu müssen (§§ 293, 615 BGB). Weil aber der Unternehmer dem Arbeiter Beschäftigungsmöglichkeit bei einem anderen Unternehmer angeboten hat, so liegt in der Regel durch des Arbeiters Weigerung, diese Arbeit zu übernehmen, böswillige Unterlassung im Sinne des § 615, Satz 2, BGB vor, — vorausgesetzt, daß die angebotene Tätigkeit den gleichen Lohn- und Arbeitsbedingungen unterliegt. Der Unternehmer kann dem Arbeiter anrechnen, was dieser im Betrieb des anderen Unternehmers verdient hätte.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Regelung, welche das bisherige Recht für die Übertragung des Arbeitsverhältnisses gefunden hat, unter Zugrundelegen des § 613 BGB den Willen der Parteien des Arbeitsverhältnisses zum Ausgangspunkt gemacht hat. Damit wurde der Maßstab dafür, ob und wie das Arbeitsverhältnis übertragen werden soll, in subjektiver Betrachtungsweise einem individualistischen Moment entnommen.

3. Die Übertragung der Arbeitsverhältnisse anläßlich der Übertragung des ganzen Betriebes.

(Beispiele I c) bzw. II d) auf S. 5 und 6 dieser Arbeit).

Bei der Übertragung der Arbeitsverhältnisse anläßlich des Übergangs des ganzen Betriebes in andere Hände wurde eine wichtige Ausnahme von den bisher besprochenen Regeln gemacht, und zwar sollte in diesem Fall eine besondere Zustimmung des Beschäftigten zum Wechsel des Betriebsinhabers nicht nötig und eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses durch den Betriebsnachfolger sogar gegen[18] den Willen des Arbeiters möglich sein.

Nur dann wurde die Zustimmung des Arbeiters als notwendig gefordert, wenn die Persönlichkeit des Unternehmers

[18] So für viele: Hueck-Nipperdey, a.a.O. S. 291.

von ausschlaggebender Bedeutung für das Arbeitsverhältnis ist, weshalb ein Arbeitgeberwechsel eine inhaltliche Änderung der Arbeitsleistung bedeuten würde[19]. Es ist z. B. möglich, daß ein Angestellter nur aus dem Grunde in einen bestimmten Betrieb eintritt, weil der Betriebsinhaber ein Verwandter ist. Ferner sollte dann das Arbeitsverhältnis im Zuge eines ganzheitlichen Betriebsübergangs nicht gegen den Willen des Arbeiters übergehen, wenn diesem aus einem anderen als dem eben angeführten Grund die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei dem Betriebsübernehmer ausnahmsweise nicht zuzumuten ist[20].

Die Begründung, welche für die Regelung der Übertragung der Arbeitsverhältnisse anläßlich des ganzheitlichen Betriebsübergangs gegeben wurde (sie wird im folgenden zu besprechen sein), beweist, daß im Falle des Betriebsübergangs durch Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Sonderlage eine Regelung gefunden wurde, die von den Pfaden des Schuldrechts abweicht, so daß an dieser Stelle das Arbeitsrecht aus den Paragraphen herausgewachsen ist.

In der Lehre ist auch im Falle des Betriebsüberganges die Auslegungsvorschrift des § 613 BGB Ausgangspunkt der Erörterungen gewesen. Das Problem lag in der Frage, welche Gründe bei der Veräußerung des Betriebes diese Regel ausschließen. Die verschiedenen Konstruktionen, die mit dem Ziel, im Falle des ganzheitlichen Betriebsübergangs die Regel des § 613 BGB zu überwinden, gemacht worden sind, sollen nicht näher besprochen werden. Es genügt, darauf hinzuweisen, daß die einen eine stillschweigende Vereinbarung oder zum mindesten eine stillschweigende Zustimmung[21] konstruieren, während andere annehmen, daß man hier bereits von einer Verkehrssitte sprechen kann, die dem mutmaßlichen Willen der Parteien entspricht[22].

---

19 Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 293.
20 Hueck-Nipperdey, a.a.O. S. 293.
21 u. a. Dersch in „Arbeitsrechtspraxis" 1930, S. 181.
22 Molitor, „Arbeitnehmer und Betrieb" S. 26, S. 40. Potthoff, „Arbeitsrecht", S. 21 ff., 44 ff. Hueck-Nipperdey, a.a.O. § 51, III.

Weil die Gesichtspunkte, welche zur Begründung der „Ausnahme" von der BGB-Regelung bei Betriebsübergang angeführt wurden, größtenteils auch heute noch Gültigkeit haben, seien die wesentlichen kurz angeführt[23].

1. In der Regel sei das Arbeitsverhältnis mit dem Betrieb als solchem und nicht mit der Persönlichkeit des Unternehmers verknüpft. Deshalb könne der Betriebsübernehmer in die laufenden Arbeitsverhältnisse eintreten und diese fortführen, ohne daß es dazu der Zustimmung der Beschäftigten bedürfe.
2. Diese Regelung entspreche auch den Belangen des Arbeiters; denn dessen erstes Bestreben bei einer Veräußerung des Betriebes sei auf die Sicherung seines Arbeitsplatzes gerichtet, und sein oberstes Ziel sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber. Die Erfahrung des täglichen Lebens zeige, daß die Arbeitsverträge bei Veräußerung des Betriebes ruhig mit dem Erwerber fortgesetzt würden.
3. Der Betrieb selbst verlange eine solche Lösung im Hinblick auf die berechtigten Interessen des Unternehmers wie des Erwerbers und ganz besonders mit Rücksicht auf das Interesse der gesamten Volkswirtschaft. Denn ohne diese Regelung würde die Veräußerung von Betrieben äußerst erschwert und die Gefahr der Stillegung und Auflösung gesteigert.

Der Eintritt des neuen Unternehmers in die von ihm übernommenen Arbeitsverhältnisse geschieht im Zeitpunkt der Betriebsübernahme, und zwar vorerst mit der Wirkung, daß der neue Unternehmer aus den Arbeitsverhältnissen berechtigt wird und für die zukünftigen Ansprüche der Arbeiter haftet. Soll der alte Unternehmer aus seinen Verpflichtungen entlassen werden, so muß der Arbeiter hierzu seine Zustimmung geben. Wird diese erteilt, so ist strittig, in welchem Zeitpunkt die Verpflichtungen des bisherigen Unternehmers erlöschen,

[23] Literatur siehe unter Anm. 21 und 22, besonders Hueck-Nipperdey, § 51, III, vgl. auch Günkel „Der Einfluß von Betriebsübertragungen auf bestehende Arbeitsverhältnisse" in Potthoff, Z. f. Arb. R. 1933, S. 67 ff.

wann also der Unternehmerwechsel vollkommen vollzogen ist, ob der alte Unternehmer aus seiner Haftung schon mit dem Zeitpunkt der Betriebsübergabe[24] oder aber erst mit Ablauf der Kündigungsfrist entlassen wird[25].

III. Die Regelung der Übertragung im Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923.

Damit wir ein abschließendes Bild von der Regelung der Übertragung des Arbeitsverhältnisses im bisherigen Recht erhalten, soll kurz die Regelung hier angefügt werden, die der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes[26], der von einem im Jahre 1919 beim Reichsarbeitsministerium gebildeten Ausschuß zur Schaffung eines einheitlichen Arbeitsrechts der Öffentlichkeit vorgelegt wurde, getroffen hat.

Der Entwurf sieht im zweiten, von den Pflichten des Arbeitnehmers handelnden Abschnitt unter I, 4 (Übertragung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung) folgende Bestimmungen vor:

„a) Regel.

§ 23: Im Zweifel hat der Arbeitnehmer die versprochene Arbeit selbst zu leisten und ist der Anspruch auf die Arbeitsleistung unübertragbar und unvererblich.

b) Übergang eines Unternehmens.

§ 24: Wird ein Unternehmen vererbt, so gehen Ansprüche auf Arbeitsleistung im Zweifel auf den Erben über.

§ 25: Wird ein Unternehmen veräußert oder aus einem anderen Rechtsgrunde von einem Dritten fortgeführt, so sind Ansprüche auf Arbeitsleistung im Zweifel übertragbar und übertragen.
Mit den Ansprüchen gegen den Arbeitnehmer gehen auch die Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrage des

[24] So Staudinger, Kommentar, Bd. II, 2, § 613, III, b, cc).
[25] So Hueck-Nipperdey, a.a.O. S. 295.
[26] Veröffentlicht im R.Arb. Bl. 1923, Amtl. Teil, S. 498 ff.

früheren Arbeitgebers auf den neuen Arbeitgeber über. Für ihre Erfüllung h a f t e t der frühere Arbeitgeber bis zum ersten Zeitpunkt, an dem der Arbeitnehmer kündigen könnte, wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.

§ 26: In den Fällen der §§ 24 und 25 g i l t der Arbeitsvertrag mit dem neuen Arbeitgeber zugunsten des Arbeitnehmers als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, auch wenn mit dem alten Arbeitgeber eine bestimmte Vertragszeit vereinbart war."

Teil B.

Die Übertragung des Arbeitsverhältnisses im nationalsozialistischen Arbeitsrecht.

I. Der Wesenswandel des Arbeitsverhältnisses.

1. Der Meinungsstreit nach Erlaß des AOG.

Das nationalsozialistische Arbeitsrecht hat eine neue Dogmatik. In ihr ist das Ergebnis einer Entwicklung zum Ausdruck gebracht, die eine grundsätzlich neue Wertung der Arbeit und ihres Rechts herbeigeführt hat. Im Mittelpunkt dieses Arbeitsrechts steht der Gemeinschaftsgedanke. Der Begriff der Betriebsgemeinschaft ist der Angelpunkt des Arbeitsordnungsgesetzes. Das Einzelarbeitsverhältnis wird von diesem Gedanken der Gemeinschaft nicht nur beherrscht, wenn der Arbeiter oder Angestellte in einem Betrieb arbeitet, auch die außerhalb eines Betriebes bestehenden Arbeitsverhältnisse (z. B. der Hausgehilfen) stehen unter dem Gemeinschaftsgedanken[27]. Ihre rechtliche Gestaltung ist daher grundsätzlich die gleiche wie diejenige der Arbeitsverhältnisse, die sich innerhalb der Betriebsgemeinschaft verwirklichen[28].

Das AOG will „Programm und Ziel für den Neuaufbau der deutschen Wirtschaft und die geistige Grundhaltung der Werktätigen" sein[29], es will in erster Linie die Betriebsverfassung und nur mittelbar das Arbeitsverhältnis regeln. Daher sind in

---

[27] Vgl. Hueck, Grundriß des Arbeitsrechts, Berlin 1938, S. 66.

[28] Deshalb sollen die außerhalb eines Betriebes bestehenden Arbeitsverhältnisse im Verlaufe der Untersuchung nicht gesondert behandelt werden.

[29] Mansfeld, Kommentar, S. 74.

ihm irgendwelche materiell rechtliche Bestimmungen für das Einzelarbeitsverhältnis — abgesehen von den Kündigungsvorschriften (§§ 56 ff., § 20) — nicht getroffen, insbesondere gibt das AOG keine Begriffsbestimmung des Arbeitsverhältnisses. Die Vorschriften des BGB über den Dienstvertrag sind für das Gebiet des Arbeitsrechts — wenigstens formell — nicht außer Kraft getreten. Bis zur endgültigen Regelung durch das angekündigte Gesetz über das Arbeitsverhältnis ist daher Wissenschaft und Rechtsprechung die schwierige Aufgabe erwachsen zu prüfen, inwieweit das AOG die Normen des BGB für den Bereich des Arbeitsrechts stillschweigend außer Kraft gesetzt hat, nach welchen Rechtsregeln demnach das Arbeitsverhältnis in dieser Übergangszeit zu gestalten ist.

Bevor wir die aufgeworfene Sonderfrage nach der Behandlung der Übertragung des Arbeitsverhältnisses untersuchen können, müssen wir uns also zunächst mit dem Wesen des Arbeitsvertrags und des Arbeitsverhältnisses — wenigstens in den Grundzügen — auseinandersetzen.

Nach Erlaß des AOG bestand Einigkeit darüber, daß das AOG den Austauschvertrag, der bisher das Arbeitsverhältnis beherrschte, zum mindesten stark zurückgedrängt hat zugunsten des Gedankens innerer Verbundenheit, und daß damit an die Stelle des Grundsatzes „do, ut des" die Forderung gegenseitiger Treue und Fürsorge getreten ist.

Über die Frage der näheren Ausgestaltung dieses durch das AOG umgewandelten Arbeitsverhältnisses hat sich aber eine Fülle von gegensätzlichen Ansichten entwickelt. Hier soll der wissenschaftliche Streit über das Wesen des Arbeitsverhältnisses nach geltendem Recht, der in den letzten Jahren im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Erörterungen gestanden hat, nicht im einzelnen verfolgt werden[30]. Eine solche Dar-

[30] Vgl. Siebert Z. d. Aka. 1937, S. 14 „Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis im Jahre 1936" und das dort angeführte Schrifttum aus dem Jahre 1936; Hueck, D.Ar.R. 1938, S. 180 „Arbeitsverhältnis und Akademieentwurf — Die Begründung des Arbeitsverhältnisses" und das dort hervorgehobene Schrifttum aus dem Jahre 1937 und aus Anfang 1938. Hueck, Z. d. Aka. f. D. R. 1938, S. 671, Bemerkung zum Urteil des RAG's v. 19. I. 1938. Müllereisert, „Das Arbeitsverhältnis als Vertrag und als Gemeinschaft des Personenrechts" in D. Arb. R. 1938,

stellung müßte vor allem berücksichtigen, daß die Ansichten der einzelnen Schriftsteller nicht ungewandelt geblieben sind und daß die sich zunächst in den entscheidenden Punkten gegenüberstehenden Auffassungen im Grunde angenähert haben. Um das Grundsätzliche möglichst klar herauszuarbeiten, sei hier lediglich versucht, die wichtigsten Streitpunkte herauszustellen und dann die Ergebnisse der grundsätzlichen Auseinandersetzungen zu besprechen, wie sie insbesondere in dem im Mai 1938 veröffentlichten Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis Gestalt gewonnen haben.

a) Die wohl am lebhaftesten umstrittene Frage ist die gewesen, ob auch im neuen Recht für die Begründung des Arbeitsverhältnisses ein Arbeitsvertrag[31], mindestens aber eine Willenseinigung[32], Voraussetzung ist, und ob überhaupt noch von einem Arbeitsvertrag gesprochen werden darf — oder aber ob das „konkrete Ordnungsdenken" den Arbeitsvertrag entbehrlich gemacht oder gar überwunden hat[33] und das Arbeitsverhältnis lediglich durch eine gemeinschaftsschöpferische Handlung, nämlich den tatsächlichen (nicht rechtsgeschäftlichen) Akt der Einordnung[34] in die Gemeinschaft zustande kommt.

S. 280. Oppermann „Das Arbeitsverhältnis als Gemeinschaftsverhältnis" in JW 1938, S. 2509. Westpfahl, „Warum trägt das Arbeitsverhältnis personenrechtlichen Charakter?" in D.Arb.R. 1938, S. 329.

31 Mansfeld, „Vom Arbeitsvertrag, eine arbeitsrechtliche Selbstbesinnung" in D.Arb.R. 1936, S. 125. Nipperdey, „Arbeitsvertrag und Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft" in D.Arb.R. 1937, S. 142 ff. Hueck, „Grundriß", S. 68.

32 Siebert, „Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit", S. 85 ff. (Begründung des Arbeitsverhältnisses durch „Eingliederung". Diese setze auf der Seite des Eintretenden einen Arbeitswillen, auf der anderen Seite einen Einstellungswillen, insofern also eine (rechtsgeschäftliche) Einigung voraus. Von dieser Eingliederung sei die Einigung über die künftige Begründung eines Arbeitsverhältnisses zu scheiden: „Vorvertrag", d. h. Verpflichtung zur Einstellung bzw. zum Dienstantritt.) Vgl. Deutsches Arbeitsrecht 1937, S. 44 ff., S. 305; 338; vgl. auch Nikisch, Arbeitsrecht, SS. 69, 70, 74.

33 Siebert, „Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nat. Arbeit", S. 13: „Nicht mehr Arbeitsvertrag, sondern Gemeinschaftsverhältnis", Siebert, in: Deutsche Rechtswissenschaft 1936, S. 204, S. 247 ff. Beachte aber Note 2: Forderung einer Einigung.

34 Molitor, „Deutsches Arbeitsrecht", S. 36.

b) Mit dieser Frage ist die nach der rechtlichen Bedeutung des Antritts der Stellung, also der Arbeitsaufnahme im Betrieb (sogenannte tatsächliche Eingliederung) eng verknüpft. Setzt diese eine Willenseinigung voraus[35] oder ist sie ein nur tatsächlicher Akt?[36]. Mit anderen Worten: Ist die Eingliederung notwendiges Begründungselement des Arbeitsverhältnisses, das zu dem Arbeitsvertrag hinzukommen muß[35], oder aber genügt der Arbeitsvertrag, das Arbeitsverhältnis, wenn auch unter Umständen aufschiebend befristet, zu begründen[36], so daß die Eingliederung nur die Erfüllung dieses schon durch den Arbeitsvertrag begründeten Arbeitsverhältnisses bedeutet?

c) Mit diesen die Begründung des Arbeitsverhältnisses betreffenden Problemen steht das weitere in engem Zusammenhang, wie und in welchem Umfang § 2 Abs. II AOG (Fürsorge- und Treuepflicht des Unternehmers) auf die privatrechtlichen Ansprüche der Beschäftigten, also auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses sich auswirkt. Die Diskussion geht also darum, ob der § 2 Abs. II AOG unmittelbar[37] oder nur mittelbar[38] für das Arbeitsverhältnis Geltung haben soll

---

35 Siebert in: Deutsches Arbeitsrecht, 1937, S. 307, 340; Huber „Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis" in JW 1937, S. 1113/1142.

36 Mansfeld, in: Deutsches Arbeitsrecht, 1936, S. 125 ff.; Nipperdey in: Deutsches Arbeitsrecht 1937, S. 152; Hueck, in: Deutsches Arbeitsrecht 1938, S. 180; Hueck, „Grundriß", S. 70; Joerges, „Der Arbeitsvertrag als Begründung des Arbeitsverhältnisses in seiner geschichtlichen Entwicklung" in: Deutsches Arbeitsrecht 1938, S. 157.

37 Siebert, „Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit" insbesondere S. 56 ff., 100; Dietz in: Hueck-Nipperdey-Dietz, 2. Aufl., § 2, Anm. 16 s; Hueck, „Grundriß", S. 67; Hueck, „Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann nach dem Gesetz zur O. d. n. A." in der Festschrift für Hedemann, Jena, 1938, S. 312 ff.; Hueck, Z. d. Aka. f. d. R. 1938, S. 672; Nikisch, „Die Bedeutung der Treuepflicht für das Arbeitsverhältnis" in: D.Arb.R. 1938, S. 182 ff.; Loschke (unter Berücksichtigung der neuesten Entscheidungen), „Grundsätzliches zur arbeitsrechtlichen Treuepflicht, Kritische Betrachtung der Praxis mit Vorschlägen", in: D.Arb.R. 1938, S. 249 ff.

38 Dersch, „Neuorientierung der Schadenshaftung aus Unrecht im Arbeitsverhältnis in Z. d. Ak. f. d. R. 1936, S. 1036 ff. (vgl. auch in: Z. d. Aka. f. d. R. 1937, S. 230); Dersch läßt den § 2 Abs. II AOG mittelbar Grundlage neuer privatrechtlicher Ansprüche sein, während andere in der Bestimmung nur eine ethische Richtschnur sehen wollen, z B. Mansfeld-Pohl-St.-Kr., S. 108 ff.; Dietz in: Hueck-Nipperdey-Dietz, 1. Aufl., § 2,

und welche Einzelansprüche aus der Treue- und Fürsorgepflicht des Unternehmers abgeleitet werden können.

d) Auf der gleichen Ebene liegt der Streit darüber, in welchem „Stärkegrad“[39] die Grundsätze der Betriebsgemeinschaft auch das einzelne Arbeitsverhältnis beeinflussen, welches Rangverhältnis also zwischen Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis besteht — ob das Arbeitsverhältnis als „Teilhabe“[40] an der Betriebsgemeinschaft mit dieser „identisch“[41] oder doch „wesensgleich“[42] ist, oder aber als etwas Selbständiges in die Betriebsgemeinschaft als die „kleinere Gemeinschaft“[42] „eingegliedert“ ist.

e) Neben diesen die Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses berührenden Streitfragen liegt das Kernproblem der Erörterungen in der Frage, worin der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses (im Gegensatz zum Schuldrecht) begründet ist[44].

2. Das Ergebnis der grundsätzlichen Auseinandersetzungen unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis (1938). Eigene Stellungnahme.

a) Arbeitsvertrag.

Im Laufe der letzten Jahre hat sich die Auffassung allmählich durchgesetzt und ist herrschend geworden, daß der

---

Anm. 11 und 16; Lommel, „Die Bedeutung des § 2 AOG. für das Arbeitsschutzrecht“ in: D.Arb.R. 1935, S. 308, R. AG. Bd. 23, S. 170; Bd. 26, S. 176.

39 Siebert in D.Arb.R. 1937, S. 16.

40 Derselbe u. a. a.a.O. S. 17.

41 Derselbe: S. 18; dagegen u. a. Hentschel in: D.Arb.R. 1936, S. 300; Dietz in: H.-N.-D., 2. Aufl., § 1, Anm. 3a.

42 Mansfeld in D.Arb.R. 1936, S. 118 ff.; ebenso Joerges, in: „Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft“, Wesen und Rechtsgrund, in: D.Arb.R. 1938, S. 91 ff.

43 Hueck, Grundriß, S. 67.

44 Westpfahl, „Warum trägt das Arbeitsverhältnis personenrechtlichen Charakter?“ in D.Arb.R. 1938, S. 329; vgl. auch Westpfahl, „Die Nichtigkeit

Arbeitsvertrag aus seiner Schlüsselstellung zugunsten des Arbeitsverhältnisses als personenrechtlicher Gemeinschaft verdrängt ist und, wenn man an ihm festhält, nur noch als Mittel zur Begründung und näheren Ausgestaltung dieses Gemeinschaftsverhältnisses in Betracht kommt.

Diesem Wandel des Rangverhältnisses zwischen Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis hat der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis (1938) schon äußerlich dadurch Ausdruck verliehen, daß er den ursprünglich geplanten Titel „Arbeitsvertragsgesetz" durch die Bezeichnung „Gesetz über das Arbeitsverhältnis" ersetzt hat.

Einigkeit besteht in der Lehre auch darüber, daß der rein tatsächliche Vorgang der Arbeitsleistung nicht ausreicht, ein Arbeitsverhältnis zu begründen, daß vielmehr eine rechtsgeschäftliche[45] Willenseinigung zur Begründung grundsätzlich erforderlich ist. Darüber, wie diese Einigung rechtlich zu bestimmen ist, bestehen jedoch noch Meinungsverschiedenheiten.

Der Entwurf nennt diese das Arbeitsverhältnis begründende und gestaltende Einigung A r b e i t s v e r t r a g (§ 1 Abs. II des Entwurfes) und stellt dadurch, wie die Begründung (S. 47) es nennt, das im Sprachgebrauch oft verworrene Verhältnis zwischen Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag klar. In § 1 Abs. 1 bezeichnet der Entwurf das Arbeitsverhältnis ausdrücklich als Gemeinschaftsverhältnis und bringt damit zum Ausdruck, daß die „Arbeitsvertrag" genannte Willensübereinstimmung nicht die Verpflichtung zu bestimmten einzelnen Leistungen bezweckt, sondern auf die unmittelbare Begründung einer personenrechtlichen Verbundenheit zwischen den beiden beteiligten Persönlichkeiten hinzielt.

Der wissenschaftliche Streit über die Rechtsnatur des Begründungsaktes wird durch den § 1 des Entwurfes allerdings

---

von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis auf der Grundlage des AOG.", Diss. München 1938, S. 47 ff. Müllereisert, „Das Arbeitsverhältnis als Vertrag und als Gemeinschaft des Personenrechts" in D.Arb.R. 1938, S. 280; Siebert, „Arbeit und Gemeinschaft" in 'Deutscher Juristentag' 1936, S. 195 ff.

[45] Anderer Ansicht ist lediglich Molitor, „Deutsches Arbeitsrecht" S. 36.

nicht entschieden. Das ist auch nicht die Aufgabe eines Gesetzes. Dieses hat nur insoweit zu den Streitfragen Stellung zu nehmen, „als es zur Lösung der praktischen Aufgaben erforderlich ist“[46].

Besonders Siebert[47], Larenz[48] und Huber[49] haben betont, der Vertragsbegriff sei nur auf vermögensrechtliche Schuldversprechen beschränkt. Sein Geltungsbereich soll nach dieser Ansicht also auf den reinen Güterverkehr begrenzt sein, in welchem Leistung und Gegenleistung, Rechte und Pflichten derart gegenüberstehen, daß sie jeweils Entsprechungen sind. Von diesem „Vertrag“ hebe sich die Begründung der „Mitgliedschaft und Teilhabe an einer personenrechtlichen Gemeinschaft und ihrer Ordnung“ nicht nur terminologisch, sondern aus einem sehr deutlichen sachlichen Unterschiede ab.

Diese Versuche, den Vertragscharakter des Arbeitsverhältnisses völlig zu überwinden, haben ihren tieferen Grund darin, daß der Vertrag im bisherigen Rechtsdenken wesentlich aktionenrechtlich gesehen wurde und damit mehr zu einer ‚Streitordnung‘[50] als zu einer ‚Friedensordnung‘ geworden war. Gerade aber „konkretes Ordnungsdenken“ muß im Vertrag nicht eine für den Kampf gedachte abstrakte Regel sehen, sondern das umfassendste Mittel, die Rechtsbeziehungen unter Gleichgeordneten so zu regeln, daß die Beteiligten „sich vertragen“, wie es schon der ursprüngliche Wortsinn zum Ausdruck bringt.

Der Begriff des Vertrages ist demnach nicht auf gegenseitig gegebene und genommene Versprechen beschränkt. Auch die auf Begründung eines personenrechtlichen Verhältnisses gerichtete Willenseinigung ist ein Vertrag.

Wenn man schon die Eheschließung in die Rechtsform des Vertrages kleidet, muß man um so zutreffender in der

---

[46] Hueck, „Der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis“ in Z. d. Aka. f. d. R. 1938, S. 298; vgl. auch Hueck in D.Arb.R. 1938, S. 180.

[47] in: Deutsche Rechtswissenschaft, a.a.O. S. 248.

[48] in: Vertrag und Unrecht, I, 1936, S. 18 ff.; vgl. auch „Die Wandlungen des Vertragsbegriffs“ in D.R. 1935, S. 491.

[49] in: JW. 1937, S. 1113.

[50] Lange, „Vom alten zum neuen Schuldrecht“ 1934, S. 13.

Willensübereinstimmung der Beteiligten, ein Arbeitsverhältnis begründen zu wollen, einen Vertrag sehen. Die Ehegatten können bei der Eheschließung nichts anderes vereinbaren als die Begründung der ehelichen Gemeinschaft. Abgesehen von der Regelung güterrechtlicher Verhältnisse ist jede Abrede über die inhaltliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses unzulässig[51]. In dem Willen, die Ehe eingehen zu wollen, erschöpft sich also die Gestaltungsmöglichkeit. Die Ehegatten müssen die Ehe als eine von ihrem Willen unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung hinnehmen, ohne die sich aus ihr ergebenden Pflichten und Rechte erweitern, verringern oder abändern zu können.

Das gleiche gilt für die Adoption, auch sie wird durch eine Willensübereinstimmung, den Adoptionsvertrag, herbeigeführt; die Parteien haben aber nicht die Möglichkeit, den Inhalt des Rechtsverhältnisses, der weitgehend gesetzlich festgelegt ist, im einzelnen auszugestalten.

Auf die „mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakte"[52] oder, wie Laband[53] sie bezeichnet, „Verwaltungsakte auf Unterwerfung" soll nur hingewiesen werden. Auch hier erschöpft sich die Erklärung des Betroffenen in dem Willen, in das der Einwirkung des Betroffenen im übrigen entzogene öffentlichrechtliche Gemeinschaftsverhältnis einzutreten. So ist bei der Ernennung zum Beamten „kein Raum für Vereinbarungen über Rechte und Pflichten des Beamten"[54] gegeben. Auch der Antrag eines Ausländers auf Einbürgerung oder die freiwillige Meldung zum Wehr- oder Arbeitsdienst enthalten lediglich den Eintrittswillen der Bewerber in das unabhängig von ihrem Willen ausgestaltete Gemeinschaftsverhältnis.

Gerade im Gegensatz hierzu erschöpft sich der Wille, ein Arbeitsverhältnis begründen zu wollen, nicht in der Eintrittserklärung, die Parteien können vielmehr den Inhalt

---

51 Vgl. Rohde, „Und doch Arbeitsvertrag?!" in: Z. d. Aka. f. d. R. 1936. S. 372.

52 Für viele: Fleiner, Institutionen, § 12, II, 1 a, S. 183 ff.

53 Staatsrecht, Bd. I, S. 444 ff.

54 Vgl. Fischbach, Kommentar zum deutschen Beamtengesetz 1937, § 24, Anm. 5.

und die Wirkungen des Arbeitsverhältnisses im einzelnen näher bestimmen und ausgestalten, wenn sie nur in dem Rahmen bleiben, den die Grundsätze des nationalsozialistischen Arbeitsrechts der Vertragsfreiheit gezogen haben. Eine solche durch die Beteiligten selbst zu treffende Ausgestaltung ist nicht nur möglich, sondern erwünscht; denn dadurch wird die Möglichkeit geschaffen, die allgemeine Erscheinung des Arbeitsverhältnisses den Notwendigkeiten des einzelnen Falles anzupassen und das Besondere dem Allgemeinen einzuordnen. Auf diese Weise wird dem Leitungsprinzip am besten gedient.

Als Ergebnis der heute geltenden Auffassung ist also herauszustellen, daß an dem Arbeitsvertrag als Mittel zur Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses festzuhalten ist, und zwar kommt diesem Vertrag echt begründende und nicht nur modifizierende Wirkung zu.

b) Der Arbeitsvertrag ein einheitlicher Vertrag.

Der Arbeitsvertrag ist auf das unmittelbare Entstehen des Arbeitsverhältnisses gerichtet. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses und die Aufnahme in die Betriebsgemeinschaft sind eine Einheit. Schon wegen ihrer größeren Lebensnähe ist diese Auffassung (Einheitslehre)[55] der komplizierten Dreigliederungslehre Sieberts[56] vorzuziehen. Ein näheres Eingehen und Besprechen der beiden Theorien würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

c) Die Treuepflicht nach § 2 *Abs. II AOG.*

Es soll nicht das Wesen und der Sinn der Treuepflicht, wie diese in § 2 Abs. II AOG gesetzlichen Ausdruck erhalten hat, näher untersucht werden. Es bestehen keine Zweifel mehr darüber, daß die gemeinschaftsbegründete Treuepflicht nicht nur zwischen Betriebsführer und Gefolgsmann besteht, sondern auch das Einzelarbeitsverhältnis erfaßt und durchdringt.

---

[55] Vgl. Literatur a.a.O. auf S. 21 der Arbeit (Anm. 36).
[56] Vgl. Literatur a.a.O. auf S. 21 der Arbeit. (Anm. 35).

Es wäre ein „widernatürliches Janushaupt“[57], wollte man neben die gemeinschaftsbegründete Treupflicht selbständig noch eine „Vertragstreue“ treten lassen.

Die These Sieberts[58], die Treupflicht des § 2 AOG sei die umfassende Grundpflicht, die causa, aus der alle anderen (einklagbaren) Einzelpflichten im Arbeitsverhältnis als Auswirkungen und Erscheinungsformen unmittelbar hervorgingen, war fruchtbar und richtungweisend. Das Ziel Sieberts, das Arbeitsverhältnis vom BGB grundsätzlich und völlig loszulösen, war Anlaß zu dieser These. Mit Recht ist aber im Interesse der Rechtssicherheit davor gewarnt worden[59], in § 2 Abs. II AOG einen vollwertigen Ersatz für die einzelnen, vorläufig noch in den Bestimmungen des BGB normierten und vom erwarteten Arbeitsvertragsgesetz neu auszugestaltenden Regeln zu sichern. Daß § 2 Abs. II AOG zur Anerkennung neuer, bisher ausdrücklich im Gesetz nicht anerkannter Ansprüche führen kann, ist heute in der Wissenschaft allgemein unstreitig. Es ginge über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinaus zu besprechen, welche Ansprüche im einzelnen sich aus § 2 Abs. II AOG ableiten lassen und wo die Grenze zu ziehen ist[60].

Die Treue ist der allgemeinste Maßstab für die Beurteilung des Verhaltens von Unternehmer und Gefolgsmann. Die Erkenntnis, daß jedes Arbeitsverhältnis als Gemeinschaftsverhältnis die Beteiligten zu gegenseitiger Treue verpflichtet, hatte notwendig zur Folge, eine Generalklausel in das Gesetz aufzunehmen: dem § 19 des Entwurfs, der die Verpflichtung des Gefolgsmanns, sich nach besten Kräften für das Wohl des Unternehmers und Betriebes einzusetzen, gesetzlich festlegt, entspricht auf Seiten des Unternehmers der § 68 des Entwurfs, der den Kreis der dem Unternehmer obliegenden

---

57 Loschke in: D.Arb.R. 1938, S. 252.

58 In: „Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit“, insbesondere S. 100, vgl. auch Dietz, in der Festschrift für J.W. Hedemann, S. 330.

59 Vgl. Mansfeld-Pohl-St.-Kr., S. 108 ff.

60 Vgl. z. B. zur unmittelbaren Ableitung des Anspruchs auf Erholungsurlaub aus § 2 Abs. II AOG: Hueck, „Grundriß“, S. 124; Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, 2. Aufl., § 2, Anm. 17 e.

Fürsorgepflichten — in Erweiterung des vom bisherigen Recht Geforderten — bestimmt.

d) Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft.

Die Auffassung des Arbeitsverhältnisses als eines Gemeinschaftsverhältnisses hat dazu geführt, die Aufspaltung in ein „Vertragsverhältnis" und ein „Beschäftigungsverhältnis", eine Vertragstreue und eine in der Gemeinschaft begründete Treue zu überwinden. Dennoch wäre es falsch, Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft als wesensgleich aufzufassen. Wenn auch das Arbeitsverhältnis sich in der Betriebsgemeinschaft verwirklicht und „Bauteil"[61] der Betriebsgemeinschaft ist, so muß doch scharf betont werden, daß Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft nicht identisch sind und die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und einzelnen Beschäftigten nicht als ein „Teilstück der Betriebsgemeinschaft"[62] zu werten sind.

An dieser Stelle zeigt sich der innere Zusammenhang der im Vorherigen als wesentlich herausgestellten fünf strittigen Fragenkomplexe. Ausgehend von der unmittelbaren Anwendung des § 2 Abs. II AOG kam Siebert zu dem Schluß, daß das Arbeitsverhältnis sich als unmittelbare Erscheinungsform der Betriebsgemeinschaft, als „Teilhabe" an ihr darstelle. Teilhabe bedeutet dabei eine Bestandteilseigenschaft und damit eine substantielle Wesensgleichheit. Diese Teilhabe ist es, nach Sieberts Ansicht, die alle materiellen Ansprüche aus der Betriebsgemeinschaft heraus erwachsen läßt. Zur Begründung dieser „Gliedschaftstheorie" beruft sich Siebert auf das „ganzheitliche Wesen der Gemeinschaft". Den Einwand, daß die Betriebsgemeinschaft auch heute noch keine Vermögensgemeinschaft darstelle, dürfe man nicht als stichhaltig ansehen[63], man könne aus dem Gemeinschaftsgedanken sehr wohl auch vermögensrechtliche Folgerungen ableiten.

Siebert beruft sich also auf einen v o r r e c h t l i c h e n Grund, nämlich die lebendige, faktisch existierende soziale

[61] Entwurf, Begründung S. 47.

[62] Siebert u. a. im D.Arb.R. 1936, S. 17; Z. d. Aka. f. d. R. 1936, S. 94.

[63] In: „Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit", S. 104.

Einheit. Das Charakteristische der neuen Arbeitsverfassung ist aber gerade, daß sie die rechtlichen Folgerungen nicht gezogen hat. Sie läßt nämlich die soziale Einheit, die Betriebsgemeinschaft, nicht auch zur rechtlichen Einheit[64], zum selbständigen Träger von Rechten und Pflichten werden. Die Betriebsgemeinschaft soll sich ganz nach innen entfalten und auf ideell-ethische Ziele richten. Deshalb ist ihr die Rechts- und damit die Vermögensfähigkeit versagt. Nicht die Betriebsgemeinschaft soll der Empfänger der Arbeitsleistung sein, sondern der Unternehmer.

Die Betriebsgemeinschaft zu einem rechtsfähigen Verband ausgestalten, würde das Abgleiten in kollektivistische Gedankengänge und den Beginn reiner Planwirtschaft bedeuten. Das für eine „gebundene Wirtschaft" Eigentümliche ist gerade, in der Bindung dem Gewinnstreben des Unternehmers so viel Raum zu lassen, daß der Anreiz zu freier Entscheidung und mutigem Einsatz des Wagnisses stark genug ist, dem Wirtschaftsleben die schöpferischen Antriebe zu erhalten.

Die Betriebsgemeinschaft als soziale, nicht rechtliche Einheit kann also mit dem Arbeitsverhältnis, einem rechtlichen Gebilde, nicht wesensgleich sein. Denn Wesensgleichheit verlangt denselben strukturellen Aufbau zweier Verhältnisse.

Auch aus der Unterscheidung zwischen Unternehmerfunktion und Betriebsführerfunktion läßt sich der zwingende Schluß ziehen, daß Arbeitsverhältnis und Gliedschaftsverhältnis nicht identisch sein können. Denn zur Wahrung der Identität ist als Mindestes die Identität der Personen zu fordern. Auf der Seite des Unternehmers — Betriebsführers — kann sie jedoch fehlen.

Dieser Fall des „außenstehenden Unternehmers" ist zwar nicht die Regel, das Gesetz rechnet aber ausdrücklich mit

---

64 Über den umstrittenen Begriff der Betriebsgemeinschaft und ihre Rechtsnatur, vergl. Huber, JW 1934, S. 1019. Nach ihm ist die Betriebsgemeinschaft „obwohl ohne jede Rechtsfähigkeit ein vom Recht zur Einheit geformter, in rechtlicher Weise aufgebauter, mit rechtlichen Organen ausgestatteter Verband". Dietz, Kommentar, § 1, Anm. 6 spricht von „rechtlicher, wenn auch unentwickelter Einheit"; denn sie stelle sich nicht als eine selbständige, von ihren Mitgliedern losgelöste Organisation dar. Vgl. auch Mansfeld in D.Arb.R. 1936, S. 118 ff.

dieser Ausnahme, so daß diese mögliche „Trennung der Gewalten“[65] für die Erkenntnis der normalen Zusammenhänge aufschlußreiche Folgerungen zuläßt. Die Wesensverschiedenheit von Führertum und Unternehmertum, deren Funktionen normalerweise in einer Person vereint sind, hat Fechner in seiner Studie „Führertum und Unternehmertum im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit“ überzeugend herausgearbeitet: den öffentlich-rechtlichen Charakter der Führerstellung im Vergleich zu dem privatrechtlichen Charakter der Unternehmerstellung[66] [67].

e) Der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses.

Entsprechend nationalsozialistischem Denken wird bei der rechtlichen Wertung der Beziehung zwischen Unternehmer und Arbeiter nicht der Austausch von „Leistungen“ (Arbeit gegen Lohn), die „Lieferung“, die Gläubiger-Schuldnerbeziehung als das Wesentliche erkannt, sondern die Verbundenheit, in der hier zwei Menschen gemeinsam arbeiten. Nicht die „Arbeit“ als Leistungsobjekt prägt das Wesen des Arbeitsverhältnisses, sondern die Arbeitskraft als ein untrennbarer Bestandteil des Menschen, eine Eigenschaft der Persönlichkeit. Denn die Arbeit wird nicht, wie bereits Lotmar[68] dargetan hat, als Sache aus der „Habe“ einer Person entrichtet; sie entspringt vielmehr als ein Teil ihrer Selbst, ihrem „Sein“.

Ausgehend von dieser wesensmäßigen Gebundenheit der Arbeitskraft an die Persönlichkeit kann deshalb das Arbeitsverhältnis nicht weiterhin als „schuldrechtliches Verhältnis mit personenrechtlichem Einschlag“ in das System des Verkehrsrechts eingeordnet bleiben[69]. Denn während es das Wesen des Verkehrsrechts ist, dem einzelnen ein „Haben“, über

---

[65] Fechner, S. 2 ff.

[66] Vgl. insbesondere S. 48 ff.

[67] Über den Wandel der Unternehmerstellung siehe Siebert, „Zum Unternehmer- und Betriebsführerbegriff“ in: Monatshefte für nationalsozialistische Sozialpolitik 1939, S. 88.

[68] „Der Arbeitsvertrag“ 1902, S. 7.

[69] Vgl. RG, Bd. 148, S. 91: „Der Arbeitsvertrag ist gemischt schuld- und personenrechtlicher Natur“. R.Arb.G. kennzeichnet ihn in JW 1936, S. 2015 als „Rechtsverhältnis stark personenrechtlichen Charakters“.

das rechtsgeschäftlich verfügt werden kann, zuzubilligen und die Bewegung dieses „Habens" zwischen den einzelnen zu regeln, ist das Personenrecht auf die Begründung eines rechtlichen Zustandes zwischen den Beteiligten, eines „Seins", gerichtet.

Das Arbeitsverhältnis ist ein personenrechtliches Verhältnis, weil der Wille der Beteiligten bei seiner Begründung nicht auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung gerichtet ist, sondern ein dauernder, sich fortsetzender Rechtszustand, nämlich die Verbundenheit zwischen „Beschäftigter" und „Beschäftigtem"[70] begründet werden soll. Der Arbeiter „liefert" nicht Arbeit, über die der Unternehmer „verfügt", sondern der Arbeiter gibt ein Stück seines Selbst, seiner Arbeitskraft, hin. Diese, durch die natürliche Entfaltung der persönlichen Fähigkeiten zwischen den Beteiligten begründete Arbeitsgemeinschaft charakterisiert das Arbeitsverhältnis als ein Rechtsverhältnis des Personen- und insbesondere des Gemeinschaftsrechts.

Abschließend ist also daran festzuhalten, daß die Eigenart eines personenrechtlichen Verhältnisses darin besteht, daß es unmittelbar eine gemeinschaftsmäßige Verbundenheit zwischen den Beteiligten herstellt.

Diese Anschauung bricht mit der besonders von Gierke[71] entwickelten Auffassung, das Wesensmerkmal des Personenrechtlichen sei die Unterordnung, die Gewaltunterworfenheit des Abhängigen unter die Verfügungsmacht des Herrn. Diese Auffassung verstand unter Personenrecht ein Recht, das dem Berechtigten eine „Macht über fremde Persönlichkeit als solche", ein „absolutes Recht an der Person" gibt.

Man würde die Wirklichkeit verleugnen, wollte man bestreiten, daß eine Abhängigkeit des Arbeiters vom Unternehmer besteht. Diese notwendige Abhängigkeit ist aber nicht die Auswirkung einer „Verfügungsmacht" des „Herrn", sondern eine natürliche Forderung jeder Zusammenarbeit: einer

---

70 Diese Ausdrücke formuliert treffend m. E. zum ersten Mal Westpfahl in seiner Diss. a.a.O. S. 48.

71 Gierke, Privatrecht, S. 261. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, § 71, 1.

muß führen, die anderen folgen. Führung bedeutet nicht Herrschaft, und die „Gefolg"-schaft folgt nicht kraft Unterwerfung, sondern „kraft persönlicher, auf Treue gegründeter Verbundenheit mit dem Führer, der auch in der Gemeinschaft steht."[72]

II. Die Frage der Übertragung auf Grund der personenrechtlichen Anschauung des Arbeitsverhältnisses.

1. Der Übergang des Arbeitsverhältnisses als Ganzes auf eine andere Person widerspricht nicht dessen Wesen.

Auf der Grundlage, die durch die Untersuchung über den Wesenswandel des Arbeitsverhältnisses im vorhergehenden gelegt worden ist, gilt es nun, im besonderen das Problem der Übertragung nach geltendem Recht zu suchen.

Schon die grundsätzliche Vorfrage, die man stellen muß, ob nämlich die Übertragung des Arbeitsverhältnisses als eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses überhaupt möglich und mit seinem Wesen vereinbar ist, zeigt — schon als Fragestellung — deutlich den grundsätzlichen Wandel. Denn während die Übertragbarkeit eines schuldrechtlichen Vertrages als Ganzes wie einzelner aus ihm entspringender Ansprüche geradezu zum Wesensmerkmal des „Verkehrs"-Rechts geworden ist, ist andererseits die Gebundenheit der ursprünglichen Vertragspartner und damit die Tendenz zur Unübertragbarkeit ihrer Rechtsstellung ein Wesenszug des personenrechtlichen Rechtsverhältnisses.

Die personenrechtliche Auffassung des Arbeitsverhältnisses hat zwar den Gedanken innerer Verbundenheit und gegenseitiger Treue der Beteiligten zum Kernpunkt der Rechtsbeziehung zwischen Unternehmer und Arbeiter gemacht; diese personenrechtliche Verbindung ist aber nicht so stark, daß sie unlösbar wäre. Seinem Wesen nach ist das Arbeitsverhältnis nicht auf schicksalshafte Unlösbarkeit angelegt, wie etwa das Rechtsverhältnis zwischen Vater und Kind. Während das Be-

[72] Siebert, „Arbeit und Gemeinschaft" in: Deutscher Juristentag 1936, S. 197.

amtenverhältnis durch den Verwaltungsakt der Entlassung beendigt wird und die Ehe durch den Staatsakt des Scheidungsurteils ihre Beendigung findet, ist es für das Arbeitsverhältnis kennzeichnend, daß der Gesetzgeber die Auflösung der Rechtsstellung in das Belieben der Beteiligten gestellt hat[73].

Diese Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis durch Kündigung zu beenden, läßt noch nicht die zwingende Schlußfolgerung zu, daß auch die Befugnis, die Rechtsstellung eines der Beteiligten auf einen anderen, Dritten, übergehen zu lassen, in das Ermessen der Beteiligten gestellt sein muß. Denn ebenso wie bei der Ehe wäre es denkbar, daß auch die Rechtsbeziehung zwischen Unternehmer und Arbeiter zwar lösbar ist, daß diese Rechtsstellung aber nicht auf einen anderen übertragen werden kann. Ein solcher Eintritt eines Dritten in die Rechtsstellung eines der Beteiligten unter Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als solchen setzt eine gewisse Abstrahierung des Rechtsverhältnisses von den ursprünglich beteiligten Personen voraus.

Dem ersten Eindruck nach scheint eine derartige „Objektivierung" des Arbeitsverhältnisses kraß seinem personenrechtlichen Wesen zu widersprechen. Eine solche Anschauung würde aber der Gefahr erliegen, den Begriff personenrechtlich in (notwendig) höchstpersönlich zu steigern. Wenn man auf dem Boden der Wirklichkeit bleibt, so kennt der Arbeiter häufig seinen Unternehmer nur dem Namen nach und hat ihn vielleicht — im Großbetrieb — noch niemals persönlich zu Ge-

[73] Auf die neuerliche Einschränkung eines „freien Kündigungsrechts" sei kurz hingewiesen: „Verordnung zur Sicherstellung des Kräftebedarfs für Aufgaben von besonderer staatspolitischer Bedeutung" vom 13. II. 1939 (RGBl. I, S. 206) und insbesondere zweite Durchführungsverordnung „Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels" vom 10. März 1939 (RGBl. I, S. 444). Danach dürfen Unternehmer, Arbeiter und Angestellte eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses erst aussprechen, wenn das Arbeitsamt der Lösung des Arbeitsverhältnisses zugestimmt hat. (Diese Regelung gilt nur für bestimmte, in der Verordnung bezeichnete Gewerbearten). Keiner Zustimmung des Arbeitsamtes bedarf es allerdings, wenn sich die Vertragsteile über die Lösung des Arbeitsverhältnisses einig sind. So Arbeitsrechtskartei, 16. III. 1939, Tagesfragen Nr. 492. Diese Kündigungsbeschränkungen haben freilich mit dem personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses nichts zu tun, sie sind vielmehr lediglich durch die heutige Lage des Arbeitseinsatzes bedingt.

sicht bekommen. Häufig schiebt sich die Organisation (Aktiengesellschaft, G.m.b.H.) zwischen die Träger des Arbeitsverhältnisses, so daß der eine Beteiligte gar keine natürliche Person mehr ist, sondern eine von der Rechtsordnung künstlich geschaffene Einheit. Dennoch behält die Rechtsbeziehung ihren personenrechtlichen Charakter. Aber in der Bezeichnung des Arbeitsverhältnisses als eines „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses" liegt die Gefahr, in Überspitzung des personenrechtlichen Begriffs die Rechtsbeziehung zwischen Unternehmer und einzelnem Gefolgsmann zu persönlich aufzufassen.

Die Bezeichnung „personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" soll die Ablehnung der Übertragung schuldrechtlicher Dogmatik auf das Arbeitsrecht dartun und aus der Gegensätzlichkeit zu Schuldrecht und Sachenrecht den Sondercharakter des Arbeitsrechtes als eines dem Verbands- und Familienrecht verwandten Sondergebiets klarstellen.

Dieser Sondercharakter der Rechtsbeziehung zwischen Unternehmer und Arbeiter besteht, wie darzulegen versucht worden ist, nicht in einer absoluten und starren Verknüpfung der Beteiligten, sondern darin, wie § 1 des Entwurfes es treffend kennzeichnet, daß ein Gefolgsmann seine Arbeitskraft für einen Unternehmer in dessen Betrieb oder sonst in dessen Dienst einsetzt.

Als Ergebnis der Untersuchung ist demnach festzustellen, daß der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses eine Auswechslung eines der Beteiligten zuläßt.

An dieser Stelle wird die Eigenart des Arbeitsverhältnisses und die Wesensverschiedenheit zwischen Schuldrecht einerseits und Personenrecht andererseits, sowie innerhalb des Personenrechts wiederum der Unterschied zwischen Arbeitsrecht und Familienrecht von einer besonderen Seite, nämlich von der der Übertragungsmöglichkeit aus, deutlich. Während im Verkehrsrecht das einzelne Forderungsrecht im Dienste leichter Verkehrsfähigkeit sich in einem solchen Maße von der Person der Beteiligten loslöst und verselbständigt, daß die abstrakte Gläubiger-Schuldnerbeziehung regelmäßig auf einen Drit-

ten übertragen werden kann, ist im familienrechtlichen Verhältnis die Bindung an die beteiligten Personen so stark, daß ein Subjektwechsel dem Wesen des Familienrechts direkt widerspricht. Im Arbeitsverhältnis dagegen ist die Gebundenheit der Rechtsstellung an die beteiligten Personen zwar die Regel. Die Möglichkeit eines Subjektwechsels ist aber im Gegensatz zum Familienrecht unter bestimmten, später zu besprechenden Voraussetzungen möglich.

Bei der bisherigen Prüfung der Übertragungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses als Ganzes auf einen Dritten habe ich das Arbeitsverhältnis lediglich als „personenrechtliches Verhältnis" betrachtet. Das Arbeitsverhältnis ist aber weiterhin „Bauteil" der Betriebsgemeinschaft, so daß auch von der Seite der Betriebsgemeinschaft aus Bedenken gegen die Möglichkeit einer Übertragung des Arbeitsverhältnisses angemeldet werden müssen.

Das AOG will echte Gemeinschaft verwirklichen. Das Interessenprinzip des „Ich gebe, damit du gibst", welches die einzelnen im Streben nach Vorteil zusammenführt und im Tausch seinen Zweck erschöpft, soll durch echte Gemeinsamkeit, die auf dem Erlebnis der Zusammengehörigkeit gegründet ist, ersetzt werden.

Auf dem Wege zu diesem Ziel sind ernste Schwierigkeiten zu meistern. Der moderne Großbetrieb mit seiner fortschreitenden Versachlichung des Arbeitsprozesses hat dem Verhältnis zwischen einzelnem Arbeiter und Unternehmer weitgehend die persönliche Beziehung genommen. Durch die fortschreitende Technisierung und Arbeitsteilung ist der einzelne Arbeiter immer mehr auswechselbar und ersetzbar geworden. Neben dem gelernten Arbeiter steht der ungelernte; auch er soll sich als notwendiges Glied im Ganzen fühlen.

Aus diesen Gründen bedarf die Betriebszugehörigkeit als solche des Schutzes. Daher ist die Frage gerechtfertigt, ob nicht durch die Möglichkeit der Übertragung des Arbeitsverhältnisses der Prozeß der Entwurzelung eher gefördert als gehemmt wird, während wir Wege, welche die Gemeinschaft bilden und erhalten, zu gehen erstreben.

Bei Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden, ob es sich um einen isolierten Übergang des Arbeitsverhältnisses handelt, d. h. ob gleichzeitig mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses eine Ausgliederung aus dem bisherigen Betrieb und eine Neueingliederung in einen neuen Betrieb verbunden ist[74], oder aber, ob das Arbeitsverhältnis auf Grund eines Übergangs des ganzen Betriebes in andere Hände übertragen wird. Nur in dem ersten Fall bestehen die aufgezeigten Gefahren. Denn während im ersten Fall mit der Übertragung des Arbeitsverhältnisses ein Wechsel des Betriebes verbunden ist, verbleiben beim Übergang des gesamten Betriebes in andere Hände die Arbeiter weiterhin in dem bisherigen Betrieb.

Es muß zugestanden werden, daß im ersten Fall, beim Übergang einzelner Arbeitsverhältnisse auf einen anderen Unternehmer und der damit verbundenen Ausgliederung aus dem bisherigen und Neueingliederung in den neuen Betrieb, der Prozeß der Entwurzelung nicht gehemmt wird. Diese Gefahr muß in Kauf genommen werden.

Es ist schon am Anfang der Arbeit (S. 5) dargetan worden, daß die Fälle praktisch nicht selten sind, in denen der Unternehmer an das Einhalten einer längeren Kündigungsfrist gebunden ist. Eine sofortige Lösung des alten Arbeitsverhältnisses unter gleichzeitiger Begründung eines neuen mit einem anderen Unternehmer ist dann nicht möglich. In diesem Falle wird die Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses durch den neuen Unternehmer von besonderer Bedeutung. Wer die Möglichkeit eines derartigen Übergangs des einzelnen Arbeitsverhältnisses auf einen anderen Unternehmer verneint, bedenkt nicht, daß dadurch der Volkswirtschaft eine Arbeitskraft für eine gewisse Zeit verloren geht; denn der Arbeiter würde seinem ursprünglichen Unternehmer verhaftet bleiben, obwohl dieser ihn nicht beschäftigen kann, während der zur Übernahme bereite Unternehmer den Arbeiter wegen Arbeitermangels dringend benötigt.

Die Verwertung jeder Arbeitskraft ist aber Ziel einer gesunden Volkswirtschaft. Gerade heute, wo wir den brennenden

[74] Vgl. dazu Beispiel II, b) auf S. 5 dieser Arbeit.

Mangel an Arbeitskräften und insbesondere an Facharbeitern in besonders starkem Maße erleben, erscheint es nicht notwendig, das näher zu begründen.

2. Die Übertragung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung auf einen Dritten, bzw. die Übernahme der Verpflichtung zur Arbeit durch einen Dritten, ist mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses nicht vereinbar.

Es soll auf das schon einmal (S. 5 der Arbeit) angeführte praktische Beispiel zurückgegriffen werden.

Der Unternehmer U I hat Arbeitsmangel, der Unternehmer U II dagegen Überfluß an Aufträgen, aber Arbeitermangel.

U I ist vertraglich oder gesetzlich an das Einhalten einer längeren Kündigungsfrist gebunden.

U II ist bereit, die bei U I überzähligen Arbeiter auf einige Zeit — bis zur Besserung der Konjunktur für U I — zu übernehmen.

Der Lohnanspruch des Arbeiters soll unverändert gegen U I und zwar nur gegen U I bestehen bleiben.

Im bisherigen Recht wurde dieser praktische Fall in der Weise gelöst, daß der Unternehmer U I seinen ihm gegen den Arbeiter zustehenden Anspruch auf die Arbeitsleistung an den Unternehmer U II abtrat[75], so daß zu unterscheiden war zwischen „Arbeitgeber" (U I) und „Gläubiger des Dienstleistungsanspruchs" (U II). Dabei stand dem Unternehmer U II der Anspruch auf die Dienste lediglich auf Grund des Abtretungsvertrages zu, während der Unternehmer U I nach wie vor „Partei" des Arbeitsvertrages und als solcher „Arbeitgeber" blieb.

Es gilt, für diesen Vorgang die dem Arbeitsverhältnis als personenrechtlicher Gemeinschaft gemäße Rechtsform zu finden.

Die rein schuldrechtliche Lösung, wie sie das bisherige Recht gegeben hat, ist unbrauchbar. Eine Zession des An-

[75] Amtsberg „Das ‚Überlassen' von Arbeitnehmern an einen anderen Betrieb" in Potthoff, Arbeitsrecht 1931, S. 82 ff.

spruchs auf die Arbeitsleistung auf einen Dritten würde dem Wesen des Arbeitsverhältnisses kraß widersprechen. Denn eine Abtretung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung setzt eine Loslösung und Verselbständigung dieses Anspruchs von seiner Quelle, dem Arbeitsverhältnis, als Zustandsverhältnis voraus. Eine derartige Trennung der Leistungspflicht von ihrer personenrechtlichen Grundlage würde aber zu einer unzulässigen Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses als einer organischen Einheit führen.

Es läßt sich aber eine den praktischen Erfordernissen des vorliegenden Falles gerechtwerdende Lösung auf die Weise treffen, daß der Unternehmer U I mit dem Arbeiter vereinbart, dieser solle anstatt bei ihm, der voll berechtigt bleibe, bei U II arbeiten, ohne daß U II allerdings ein klagbares Recht auf die Arbeitsleistung erhalten soll.

Die Möglichkeit einer derartigen Vereinbarung ist m. E. zur Befriedigung der praktischen Erfordernisse des angeführten Falles ausreichend. Wenn der Unternehmer U II den Arbeiter für immer übernehmen will, oder wenn er selbst eigene Rechtsansprüche erhalten will, so ist der Übergang der ganzen Rechtsstellung auf ihn erforderlich. (Zu vgl. das praktische Beispiel II c) auf Seite 6 dieser Arbeit.)

Dem soeben besprochenen praktischen Beispiel (II b, Seite 6) entspricht auf der Seite des Arbeiters der Fall (zu vgl. S. 5, Beispiel I b), daß der Arbeiter, weil er aus irgendeinem Grunde die Arbeitsleistung für kürzere oder längere Zeit nicht erbringen kann, einen Ersatzmann zur Verfügung stellt. Im Einverständnis mit dem Unternehmer kann der Arbeiter wohl mit dem Ersatzmann vereinbaren, daß der Ersatzmann statt seiner arbeiten soll, nicht aber ist ein Eintritt des Ersatzmanns an die Stelle des Arbeiters, also eine „Sondernachfolge lediglich in die Schuld" möglich.

Zusammenfassend hat die Prüfung des Problems, inwieweit ein Übergang der Rechtsstellung eines der Beteiligten des Arbeitsverhältnisses auf einen Dritten möglich ist, zu folgendem Ergebnis geführt:

1. Der Übergang des Arbeitsverhältnisses als Ganzes auf einen Dritten ist möglich und steht nicht im Widerspruch mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses.
2. Auch die Vereinbarung zwischen Unternehmer und Arbeiter, in welcher sich der Arbeiter dem Unternehmer gegenüber verpflichtet, die Arbeit für eine bestimmte Zeit bei dem Unternehmer X zu leisten, wobei X seinerseits keinen Anspruch erhalten soll, ist mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses vereinbar; — ebenso die Bestellung eines Ersatzmanns durch den Arbeiter, wobei der Ersatzmann aber nicht die „Schuld" übernehmen kann.
3. Darin aber findet die Möglichkeit des Übergangs der Rechtsstellung als Ganzes oder einzelner aus ihr entspringender Ansprüche ihre Grenze. Eine Übertragung lediglich des Einzelanspruchs auf die Dienstleistung, bzw. eine Übernahme nur der Arbeitsverpflichtung, widerspricht dem ganzheitlichen Wesen des Arbeitsverhältnisses.

3. Die Regelung im Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis (1938).

Wie bei der vorhergehenden Untersuchung sichtbar geworden ist, kann die Regelung der Rechtsnachfolge in die Stellung eines der am Arbeitsverhältnis Beteiligten — soweit die Rechtsnachfolge überhaupt noch mit dem personenrechtlichen Wesen des Arbeitsverhältnisses vereinbar ist — nicht mit den schuldrechtlichen Institutionen der „Übertragung der Forderung" (4. Abschnitt BGB, 2. Buch), bzw. dem der „Schuldübernahme" (5. Abschnitt BGB, 2. Buch), erfaßt werden, auch nicht in analoger Anwendung, sondern hier müssen spezifisch personenrechtliche Begriffe entwickelt und angewandt werden.

Ehe ich die Rechtsnatur des Vorgangs untersuche, der im Vorstehenden mit „Übergang des Arbeitsverhältnisses als Ganzes" bezeichnet worden ist, empfiehlt es sich zu prüfen, wie der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis 1938 die gestellten Fragen gelöst hat. Dieser Entwurf bemüht sich, ausgehend von der personenrechtlichen Natur des Arbeitsver-

hältnisses, das Recht dieses Verhältnisses neu zu gestalten. Eine Prüfung des Entwurfs dürfte für die Erkenntnis des neu abzuleitenden Begriffs fruchtbare Hinweise geben und grundlegend sein.

a) Die Übertragung des Anspruchs auf die Dienstleistung auf einen Dritten, bzw. die Übernahme der Arbeitsverpflichtung durch einen Ersatzmann.

Der Entwurf bestimmt unter dem 3. Abschnitt, der die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis regelt, unter Absatz I „Pflichten des Gefolgsmannes" Punkt 1 „Arbeitsleistung" in § 16 ff.:

> „Der Gefolgsmann hat die Arbeit persönlich zu leisten, wenn nichts anderes vereinbart ist oder sich aus den Umständen ergibt. Der Anspruch auf die Arbeitsleistung ist nur im Einvernehmen mit dem Gefolgsmann übertragbar".

Der Vergleich mit § 613, Satz 1 und 2, BGB zeigt, wie nahe der Entwurf bei der BGB-Regelung stehen geblieben ist.

Entsprechend dem im vorherigen Abschnitt meiner Arbeit gefundenen Ergebnis, schlage ich vor, an Stelle des § 16 des Entwurfs folgende Bestimmung zu treffen:

1. Der Anspruch auf die Arbeitsleistung kann nicht auf einen Dritten übertragen werden.

Der Unternehmer kann aber mit dem Gefolgsmann vereinbaren, daß die Arbeit anstatt für ihn, für einen Dritten zu leisten ist.

2. Die Verpflichtung zur Arbeitsleistung kann nicht von einem Dritten übernommen werden. Mit Einverständnis des Unternehmers kann aber der Gefolgsmann mit einem Dritten vereinbaren, daß dieser statt des ursprünglichen Gefolgsmanns die Arbeit leistet. Das Einverständnis des Unternehmers kann sich auch aus den Umständen ergeben.

3. Die Vorschrift des Absatz I, Satz 1, und des Absatz II, Satz 1, ist zwingend.

b) Der Übergang des Arbeitsverhältnisses als Ganzes.

aa) Übergang anläßlich der ganzheitlichen Übernahme des Betriebes.

In einem eigenen Abschnitt, der einen Paragraphen umfaßt, (§ 90), hat der Entwurf den „Übergang des Arbeitsverhältnisses" geregelt. Dieser Paragraph bestimmt die Rechtswirkungen, die sich für die einzelnen Arbeitsverhältnisse ergeben, wenn ein Betrieb in seiner Gesamtheit in andere Hände übergeht.

Der neue Unternehmer tritt mit dem Tage des Betriebsübergangs in die bestehenden Arbeitsverhältnisse ipso iure ein. Die Bestimmung ist insofern zwingend, als die beiden Unternehmer dieses Übergehen der Rechtsstellung des ursprünglichen Betriebsinhabers auf den neuen nicht vertraglich ausschließen oder ändern können.

Durch diese klare Regelung ist nunmehr eine eindeutige gesetzliche Grundlage geschaffen worden. Die Rechtfertigung für die getroffene Regelung hat der Entwurf selbst auf S. 76 seiner Begründung gegeben, wo es heißt:

„Der Entwurf geht bei der Bestimmung des § 90 davon aus, daß der in einem Betrieb Tätige für den bestimmten Betrieb als solchen eingestellt ist", — nicht also für den bestimmten Unternehmer in seiner Person, so daß der Wechsel des Betriebsinhabers ohne Bedeutung für das Schicksal des Weiterbestehens der einzelnen Arbeitsverhältnisse ist.

Während § 1 des Entwurfes das Arbeitsverhältnis als das Gemeinschaftsverhältnis bezeichnet, in dem ein Gefolgsmann seine Arbeitskraft für einen Unternehmer in dessen Betrieb oder sonst in dessen Dienst einsetzt, scheint die Begründung für § 90 des Entwurfs in direktem Widerspruch hierzu zu stehen.

Die These, der Arbeiter sei für den Betrieb als solchen eingestellt, muß man als irreführend bezeichnen; denn sie erweckt den Anschein, als besäße der Betrieb als solcher eigene Rechtspersönlichkeit und könne daher Träger von Rechten und Pflichten sein. Dies will aber der Entwurf mit der ge-

nannten These sicherlich nicht ausdrücken. Vielmehr will er darauf hinweisen, daß man es bei der Betrachtung des Betriebes nicht ausschließlich auf die Person des Betriebsinhabers abstellen darf. Nicht der Betriebsinhaber soll im Mittelpunkt stehen, sondern die Betriebsgemeinschaft, in die der Unternehmer als „erster und führender Mitarbeiter" einbezogen ist.

Weiter muß man daran festhalten, daß die Verbundenheit von Unternehmer und Arbeiter nicht um ihrer selbst willen da ist, sondern daß Unternehmer und Gefolgsmann in gemeinsamer Arbeit dem „Ganzen" dienen sollen, daß also ihre Verbundenheit nur Brücke zu einer höheren Gemeinsamkeit, der Betriebsgemeinschaft, sein soll, wobei jede Betriebsgemeinschaft wiederum ein Bauteil der Schaffensgemeinschaft des ganzen Volkes bedeutet.

Diese wichtigen Grundsätze übersieht der nicht genannte Verfasser eines Aufsatzes in der sozialen Praxis[76]. Dort ist ausgeführt, es sei wohl nicht die Absicht des Entwurfes, die Beschäftigten zum Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den neuen Betriebsinhaber zu z w i n g e n. Es bedürfe in jedem einzelnen Falle des Einverständnisses des Arbeiters. Dieses könne als stillschweigend gegeben vorausgesetzt werden, wenn der Arbeiter nicht sofort der Übernahme widerspreche. Wenn er widerspreche, behalte er nach heutigem Recht seinen Anspruch gegen den alten Unternehmer. Der Verfasser fragt, ob der Arbeiter diesen Anspruch nach dem Entwurf nicht behalten solle. Das würde einen scharfen G e g e n s a t z zu den übrigen Vorschriften des Entwurfs bedeuten. Denn, so fragt der Verfasser weiter, soll hier das Vertragsverhältnis an den B e t r i e b geknüpft sein, während sonst die Ansprüche zwischen den beteiligten P e r s o n e n bestehen? Das bedürfe einer ausdrücklichen Feststellung, denn es würde die Gefolgsleute gegenüber dem bisherigen Recht benachteiligen.

Dieser Kritik an der Regelung des Entwurfs ist entgegenzuhalten, daß die Ansicht des Verfassers, der Arbeiter könne

[76] 1938, S. 1511, „Der Betrieb im Gesetzesentwurf über das Arbeitsverhältnis".

— nach früherem Recht — der Übernahme des Arbeitsverhältnisses durch den Betriebserwerber widersprechen, unrichtig ist. Im ersten Teil dieser Arbeit wurde dargetan, daß nach herrschender Auffassung sogar gegen den Willen der Arbeiter das Arbeitsverhältnis auf den neuen Betriebsinhaber übergehen konnte.

Aus diesem Grunde kann die Regelung des Entwurfs — im Vergleich mit der Praxis nach bisherigem Recht – keine Benachteiligung der Arbeiter mit sich bringen. Im Gegenteil, die Regelung nach dem Entwurf sichert jedem Gefolgsmann beim Betriebsübergang den Arbeitsplatz.

In Absatz II des § 90 hat der Entwurf zwingend[77] zum Schutz der Gefolgsleute eine Mithaftung des bisherigen Unternehmers neben dem Betriebsübernehmer für die Ansprüche der Gefolgsleute angeordnet. Diese Haftung ist abgestuft nach dem Zeitpunkt, ob die Ansprüche vor oder nach dem Betriebsübergang fällig geworden sind.

Auf diese Weise wird ein Ausgleich dafür geschaffen, daß die Gefolgsleute sich einen neuen Unternehmer aufbürden lassen müssen.

Weil ein widerspruchsloses Weiterarbeiten in dem von dem neuen Betriebsinhaber übernommenen Betrieb als stillschweigendes Einverständnis in die kraft Gesetzes eintretende Rechtsnachfolge des neuen Unternehmers auszulegen ist, muß der Arbeiter ausdrücklich widersprechen, wenn er der Weiterarbeit im gleichen Betrieb die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorzieht (trotz der vorläufigen Fortdauer der Haftung des Veräußerers). Mit Recht wurde ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Arbeiter im Falle des Betriebsübergangs schon im bisherigen Recht verneint mit der Begründung, daß infolge der Fortführung des Betriebes und der weiterbestehenden Betriebsverbundenheit des Arbeiters eine inhaltliche Änderung des Arbeitsverhältnisses nicht zu befürchten sei[78]. Der Entwurf hält an dieser Regelung fest.

---

77 Vgl. über die Frage, in welchem Umfang den gesetzlichen Vorschriften zwingende Wirkung zu verleihen sei, Hueck, „Der Entwurf ein. Ges. üb. d. Arb. Verh." in der Z. d. Aka. f. D. R. 1938, S. 299.

78 Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Auflage, S. 141. Titze in Ehrenbergs Handbuch, Bd. II, 1. S. 714.

Aus dem Schweigen des § 104 des Entwurfs ist zu schließen, daß der Entwurf den Betriebsübergang nicht als außerordentlichen Kündigungsgrund ansieht. Denn sonst hätte er ihn sicherlich in § 104 ausdrücklich aufgezählt, weil er den Betriebsübergang in § 90 ausführlich geregelt hat.

Nach bisherigem Recht bestand für den Betriebsübernehmer die Möglichkeit, einen Teil der Arbeitskräfte nicht mit zu übernehmen. In diesem Fall gewann dann die Frage, ob dem bisherigen Unternehmensinhaber infolge des Betriebsübergangs ein Recht zu fristloser Entlassung der betreffenden Arbeiter aus wichtigem Grunde zustehe, besondere Bedeutung. Nach allgemein herrschender Ansicht[79] und Rechtsprechung[80] wurde der Betriebsübergang als wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung abgelehnt mit der Begründung, daß es sich um ein typisches Berufsrisiko des Unternehmers handele, das er nicht auf die Arbeiter abwälzen könne.

Nach dem Entwurf ist durch den kraft Gesetzes vorgeschriebenen Eintritt des Betriebsübernehmers in die gesamten bestehenden Arbeitsverhältnisse die Möglichkeit nicht mehr gegeben, daß der Betriebsübernehmer einzelne Arbeitsverhältnisse nicht mitübernimmt. Aus diesem Grund besteht das Problem, ob der Betriebsübergang für den bisherigen Unternehmer einen fristlosen Kündigungsgrund darstellt, nicht mehr. Will der neue Unternehmer einen Teil der zwingend, kraft Gesetzes von ihm übernommenen Arbeitsverhältnisse lösen, so hat er nur die Möglichkeit, fristgemäß zu kündigen.

Es ist noch zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Erklärung der Entwurfsbegründung (S. 91) ausreicht, der zufolge der Übergang des Arbeitsverhältnisses selbstverständlich keinen Einfluß auf die Berechnung der Anwartschaftszeiten und auf die Wirksamkeit von Rechtshandlungen habe, so daß eine ausdrückliche Regelung im Entwurf nicht getroffen sei, — oder aber, ob doch eine Regelung wünschenswert und geboten erscheint. Die letztere Ansicht vertritt der Verfasser des

---

[79] Titze, a.a.O. S. 713; Hueck-Nipperdey, Bd. I, § 51, IV; § 56, X.
[80] RG in JW 1903, 11; 1916, 262; RGE 1911, 58; RGE Bd. 58, S. 257.

Aufsatzes in der sozialen Praxis[81]. Aber durch die Bestimmung des § 90 des Entwurfes, der neue Unternehmer trete in die bestehenden Arbeitsverhältnisse ein, ist m. E. genügend geklärt, daß der neue Unternehmer auch hinsichtlich der Berechnung der Anwartschaftszeiten sich gegenüber gelten lassen muß, was schon vor dem Betriebsübergang dem bisherigen Unternehmer gegenüber gegolten hat. Daher ist eine Ergänzung des Entwurfs insofern durch eine besondere Regel nicht erforderlich.

Einer besonderen Regelung jedoch bedarf die Frage der Zeugnispflicht des bisherigen Unternehmers. Im bisherigen Recht entstand die Pflicht des Unternehmers, ein Zeugnis auszustellen, erst mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 630 BGB, § 73 HGB, § 113 GewO). Demgegenüber verpflichtet der Entwurf in § 111 Abs. I[82] den Unternehmer zur Zeugniserteilung schon von der Kündigung des Arbeitsverhältnisses an, sowie angemessene Zeit vor Ablauf eines auf Zeit geltenden Arbeitsverhältnisses.

Nach bisherigem Recht forderten einzelne Schriftsteller[83] im Falle des Betriebsübergangs, daß der bisherige Unternehmer sämtlichen Arbeitern Zeugnisse ausstellen müsse, weil der Unternehmer nur insoweit ein Zeugnis ausstellen könne, als er selbst den Arbeiter in seinen Diensten beschäftigt habe. Demgegenüber vertrat die überwiegende Meinung[84] und die Rechtsprechung[85] den Standpunkt, der neue Unternehmer sei erst bei Ausscheiden des Arbeiters verpflichtet, für die ganze Dauer des Arbeitsverhältnisses ein Zeugnis zu erteilen und sich dazu bei dem früheren Unternehmer zu erkundigen. Eine Pflicht des bisherigen Unternehmers, anläßlich des Betriebsübergangs ein Zeugnis erteilen zu müssen, wurde dagegen verneint.

---

81 a.a.O. (S. 42 dieser Arbeit).

82 Vgl. Begründung des Entwurfs S. 104.

83 So Moellmann, Das Dienstzeugnis, 1911, S. 22.

84 Titze in Ehrenbergs Handbuch, II, 1, S. 862. Staub, Kommentar zum HGB, 12. und 13. Auflage, 1926, Anm. 2 zu § 73. Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb, S. 63, 66.

85 Vgl. LAG Duisburg vom 30. IV. 1928, Bensheimer Sammlung 3, Nr. 65 (LAG), S. 195 ff.

M. E. sollte dem Arbeiter das Recht zugebilligt werden, im Falle des Betriebsübergangs von dem bisherigen Unternehmer ein „vorläufiges Zeugnis" im Sinne des § 111 Abs. II des Entwurfs verlangen zu können. Denn wenn auch häufig nicht der Unternehmer selbst, sondern der Abteilungsleiter oder der betreffende Werkmeister die Beurteilung abgibt, so sind doch die Fälle nicht selten, in denen der Unternehmer selbst die Persönlichkeit und die Leistungen des betreffenden Arbeiters beurteilt. Um dem Arbeiter das Risiko nachträglich vom Betriebsübernehmer beim vorherigen Unternehmer anzustellender Ermittlungen nicht aufzubürden, erscheint es zweckmäßig, dem § 90 des Entwurfs als Absatz IV folgende Bestimmung anzufügen:

„Auf Verlangen des Gefolgsmannes hin hat der bisherige Unternehmer diesem ein vorläufiges Zeugnis auszustellen".

Abschließend möchte ich kurz die Regelung des Entwurfs von 1938 mit den Vorschlägen vergleichen, die bereits 1923 in dem Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes gemacht worden sind.

Zunächst fällt auf, daß der Entwurf 1938 eine Bestimmung nicht enthält, die dem § 26 des Entwurfs aus dem Jahre 1923 entspräche, wonach dem Arbeiter das Recht zustehen soll, dem neuen Arbeitgeber gegenüber das Arbeitsverhältnis — einerlei, ob es bisher überhaupt nicht, oder nur unter schwereren Bedingungen als die gesetzlichen lösbar war — unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen.

Der Entwurf 1938 ist mit Recht davon ausgegangen, daß der Arbeiter durch die Bestimmung des § 90 Abs. II über die Haftungsfortdauer des bisherigen Unternehmers hinreichend geschützt ist. Zudem kann in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen durch Zubilligung eines Rechts auf fristlose Kündigung ein gerechter Ausgleich geschaffen werden.

Der weitere Vergleich des § 25 des Entwurfs aus dem Jahre 1923 mit dem § 90 des Entwurfs von 1938 läßt deutlich den grundsätzlich anderen dogmatischen Ausgangspunkt, von dem aus das Problem der Übertragung der Arbeitsverhältnisse anläßlich des ganzheitlichen Betriebsübergangs gelöst wird, erkennbar werden.

Nach dem Wortlaut und der Struktur des Entwurfs 1923 soll der Übergang des Arbeitsverhältnisses als Ganzes in eine Übertragung der einzelnen Ansprüche und Forderungen des Arbeitsverhältnisses zerlegt werden.

Demgegenüber sieht der Entwurf 1938 den einheitlichen Übertragungsakt auch juristisch als eine einheitliche Erscheinung.

Es ist zu wünschen, daß auch im neuen bürgerlichen Gesetzbuch die wichtige Erscheinung des Übergangs eines Rechtsverhältnisses als Ganzes eine klare gesetzliche Regelung finden wird. Der § 90 des Entwurfs kann hierzu, über den Rahmen des Arbeitsrechts hinausgehend, wegweisend sein.

bb) Isolierter Übergang des Arbeitsverhältnisses.

Nur wenn der Betrieb in seiner Gesamtheit in andere Hände übergeht, tritt der Übernehmer in die bestehenden Arbeitsverhältnisse kraft Gesetzes ein. Beim Übergang lediglich einzelner Betriebsstücke muß der bisherige Unternehmer mit dem Übernehmer und mit seinen Gefolgsleuten besondere Vereinbarungen treffen.

Die Probleme, die in diesem Zusammenhang auftreten können, insbesondere die Frage der Weiterhaftung des alten Unternehmers, sind bereits ausführlich besprochen (vgl. S. 11—13 dieser Arbeit).

Der Entwurf von 1938 hat diesen Übergang nur einzelner Arbeitsverhältnisse auf einen neuen Unternehmer nicht ausdrücklich geregelt; dem ist m. E. zuzustimmen.

Schwierig wird allerdings häufig die Abgrenzung sein, ob der Betrieb „als Ganzes, wenn auch unter Abstoßung einzelner Teile oder unter Aufgabe einzelner Betriebszweige" (§ 90 des Entwurfs, Abs. I, Satz 1) in andere Hände übergeht oder ob lediglich ein Teilübergang vorliegt.

Der Entwurf selbst erklärt[86], daß sich kasuistische Regeln mit Aussicht auf befriedigenden Erfolg zur Lösung der Frage in einem Gesetz nicht aufstellen lassen, und begnügt

[86] Seite 91 der Begründung.

sich daher damit, lediglich eine Grundregel aufzustellen und die Entscheidung im Einzelfall einer „wirklichkeitsnahen" Beurteilung zu überlassen.

Im bisherigen Recht ist die Frage des ganzheitlichen Betriebsübergangs und seiner Abgrenzung vom Teilübergang in Lehre[87] und Rechtsprechung[88] mehrfach behandelt worden.

Die Anhaltspunkte, die der Entwurf in § 90 selbst und in dessen Begründung gibt, zeigen, daß nach der Ansicht des Entwurfs bei der Abgrenzung nicht peinlich strenge Maßstäbe angewandt werden sollen. Der Entwurf gibt zu verstehen, daß es sein Wille ist, den Begriff der „Identität des Betriebes" weit aufzufassen und die Identität nicht schon dann zu verneinen, wenn nicht sämtliche bisherigen Betriebszwecke weiterverfolgt werden. Es erübrigt sich im Rahmen dieser Arbeit, auf jene Frage noch näher einzugehen.

4. Die Übertragung des Arbeitsverhältnisses ein spezifisch personenrechtlicher Vorgang.

Die Rechtswissenschaft der hinter uns liegenden Zeit überschätzte den abstrakten Allgemeinbegriff und war bestrebt, im Interesse der Berechenbarkeit der Rechtsnormen und Entscheidungen verschiedenartige Rechtsgebilde unter möglichst weitgefaßte Allgemeinbegriffe zu bringen[89].

Ausgehend von dem personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses hat man die Anwendbarkeit z. B. der Vorschriften des allgemeinen Teils des BGB über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit auf das Arbeitsverhältnis erkannt[90]. Der

---

[87] Jacobi, „Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe", 1926, S. 13, mit ausführlicher Literaturangabe.
Königsberger, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Bd. 1923, Sp. 299 ff. „Betrieb und Betriebsinhaber".

[88] RAG. Bd. 28, S. 169.

[89] Zu vgl. Larenz, „Rechtsperson und subjektives Recht" in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, S. 229. Vgl. über den „konkreten Begriff in der Rechtswissenschaft" u. a. Huber, Z. Ges. St. Bd. 95, S. 1 ff.

[90] Vgl. „Lösung des Arbeitsverhältnisses bei fehlerhaftem Vertragsschluß nach dem Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis und ihre Beziehung zum Anfechtungsrecht des bürgerlichen Rechts", Schoan, in: Deutsches Arb.R. 1939, S. 96 ff.

Entwurf hat dieser Tatsache dadurch Rechnung getragen, daß er in §§ 9, 10 und 11 Sondernormen geschaffen hat[91].

Es ist zu prüfen, ob auch die Begriffe des allgemeinen Schuldrechts „Übertragung der Forderung" bzw. „Schuldübernahme" auf das personenrechtliche Arbeitsverhältnis keine Anwendung mehr finden können.

Soweit es sich um rein vermögensrechtliche Ansprüche, die aus dem Arbeitsverhältnis entspringen, handelt (wie etwa den Lohnanspruch), bestehen keine Bedenken, auf diese Ansprüche weiterhin die Normen des BGB über Zession bzw. Schuldübernahme anzuwenden.

Wir kamen bereits zu dem Ergebnis, daß eine Übertragung des wichtigsten aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Anspruchs, nämlich des auf die Arbeitsleistung, dem Wesen des Arbeitsverhältnisses widerspricht.

Es ist kennzeichnend, daß der Entwurf den § 90 mit dem Titel „Übergang des Arbeitsverhältnisses" überschreibt und daß in § 90 selbst wie auch in der Begründung zu dieser Bestimmung (S. 90/91) der Begriff „Übertragung" bzw. „übertragbar" kein Mal gebraucht wird.

Dieses Meiden hat seinen Grund nicht nur darin, daß es sich im § 90 des Entwurfs um die Regelung von Rechtsfolgen handelt, die nicht kraft Rechtsgeschäfts, sondern kraft Gesetzes eintreten. Der Entwurf aus dem Jahre 1923 formulierte, daß „die Ansprüche auf die Arbeitsleistung" (beim ganzheitlichen Betriebsübergang) „im Zweifel übertragbar und übertragen" sind. Der Entwurf aus dem Jahre 1938 will offensichtlich jedes Anklingen an schuldrechtliche Begriffe vermeiden und den Eintritt des neuen Unternehmers in die bestehenden Arbeitsverhältnisse nicht als schuldrechtlichen, sondern als personenrechtlichen Vorgang aufgefaßt wissen.

Dieser personenrechtliche Charakter des Eintritts eines Unternehmers in die gesamte Rechtsstellung des bisherigen

---

91 Vgl. auch die von den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts abweichende Regelung der „Aufhebung" der Ehe in §§ 33 ff. des Ehegesetzes vom 6. Juli 1938.

Unternehmers zeigt sich besonders klar bei dem auf Vertrag zwischen ursprünglichem Unternehmer und dem Übernehmenden beruhenden Übergang des Arbeitsverhältnisses. Dieser gegenseitige Vertrag hat den „Wechsel" eines der am Arbeitsverhältnis beteiligten Personen zum Inhalt. Es handelt sich also um einen personenrechtlichen, nicht güterrechtlichen Vorgang. Der eine löst sich selbst aus dem Rechtsverhältnis gleichermaßen heraus, und statt seiner tritt der andere in das Rechtsverhältnis ein.

5. Die Rechtslage nach heute geltendem Recht.

Solange der Entwurf noch nicht Gesetz geworden ist, kann im Falle eines ganzheitlichen Betriebsübergangs ein Eintritt des neuen Unternehmers in die laufenden Arbeitsverhältnisse kraft Gesetzes nicht stattfinden. Es müssen also in diesem Fall vorläufig noch Vereinbarungen zwischen dem Betriebsveräußerer und Übernehmer getroffen werden.

Es fragt sich, ob der neue Unternehmer die Möglichkeit hat, die Übernahme aller bestehenden Arbeitsverhältnisse abzulehnen — oder ob er schon nach heute geltendem Recht, bevor die zwingende Bestimmung des § 90 des Entwurfs Gesetzeskraft erlangt hat, gezwungen ist, in alle Arbeitsverhältnisse, die der bisherige Betriebsinhaber geschlossen hat, einzutreten.

Weil eine rechtliche Grundlage für eine derartige Verpflichtung des Betriebsübernehmers nicht gegeben ist, kann dieser es ablehnen, in alle bestehenden Arbeitsverhältnisse einzutreten.

Eine solche Weigerung wird zwar heute praktisch selten vorkommen. Denn bei dem bestehenden Arbeitermangel wird der neue Unternehmer in der Regel zu gerne in alle Arbeitsverhältnisse eintreten. Im Dienste der Rechtssicherheit ist aber zu wünschen, daß das in Aussicht gestellte Gesetz über das Arbeitsverhältnis bald erlassen wird und so der § 90 des Entwurfes Gesetzeskraft erlangt.

Schwieriger liegt die Frage, ob nach heute geltendem Recht die einzelnen Gefolgsmänner im Falle des ganzheitlichen Betriebsübergangs zu dem Eintritt des Betriebsübernehmers in das einzelne Arbeitsverhältnis ihre Zustimmung geben müssen.

Wenn schon nach der herrschenden Auffassung vor Erlaß des AOG eine derartige Zustimmung der Arbeiter nicht erforderlich war, so muß das um so mehr nach heute geltendem Recht der Fall sein.

Schon der Entwurf aus dem Jahre 1923 hat aber als Ausgleich dafür, daß sich die Arbeiter einen neuen Unternehmer aufbürden lassen müssen, als Schutzbestimmung für den Arbeiter die gesetzliche Anordnung einer bestimmten Mithaftung des bisherigen Unternehmers vorgeschlagen.

Zwar ist die von dem Entwurf aus dem Jahre 1938 in § 90 vorgesehene Regelung noch nicht geltendes Recht. Aber auch heute schon müssen wir m. E. aus der Fürsorge- und Treuepflicht des Unternehmers seine Verpflichtung ableiten: wenn er den Betrieb als Ganzes auf einen anderen Unternehmer überträgt und dieser in die laufenden Arbeitsverhältnisse eintritt, den Arbeitern neben dem neuen Unternehmer haftbar zu bleiben, bis zu dem Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis geendet hätte, wenn es mit der ordentlichen Kündigung am Tage des Betriebsübergangs gekündigt worden wäre.

Dennoch ist dringend zu fordern, möglichst bald eine gesetzliche Grundlage insbesondere für die Weiterhaftung des alten Betriebsinhabers zu schaffen und den § 90 des Entwurfs geltendes Recht werden zu lassen.

Schriftenverzeichnis.

1. *Abhandlungen und Aufsätze.*

Amtsberg: Das Überlassen von Arbeitnehmern an einen anderen Betrieb, in: Potthoff, Z. f. Arb.R. 1931, S. 82 ff..

Baehr: in Iherings Jahrbüchern, Bd. 6, S. 182.

Brentano: Das Arbeitsverhältnis nach dem heutigen Recht, Leipzig 1878, S. 182 ff.

Demelius: Vertragsübernahme in Iherings Jahrb. Bd. 72, S. 142 ff.

Dersch: Neuorientierung der Schadenshaftung aus Unrecht im Arbeitsverhältnis. Z. d. Aka. f. D.R. 1936, S. 1036 ff.

— Schadenshaftung aus unerlaubter Handlung im Arbeitsrecht. Z. d. Aka. f. D. R. 1937, S. 228 ff.

Fechner: Führertum und Unternehmertum im Gesetz für Ordnung der nationalen Arbeit, Bonn 1937.

Gierke, Otto von: Dauernde Schuldverhältnisse, Iherings Jahrb. Bd. 64, S. 355 ff.

Gierke, Otto von: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889.

Günkel: Der Einfluß von Betriebsübertragungen auf bestehende Arbeitsverträge, in: Potthoff, Z. f. D. Arb.R. 1933, S. 67 ff.

Hentschel: Die Begründung des Arbeitsverhältnisses, D.Arb.R. 1936. S. 299 ff.

Huber: Betriebsordnung und Tarifordnung, JW. 1934, S. 1017 ff.

— Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, JW. 1937, S. 1113.

Hueck: Handbuch des Arbeitsrechts, 2. Buch, Arbeitsvertragsrecht, 1922.

— Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis im neuen Arbeitsvertragsgesetz, Iherings Jahrb. Bd. 74, S. 358 ff.

— Arbeitsverhältnis und Akademieentwurf, D.Arb. R. 1938, S. 180.

— Der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, Z. d. Aka. f. D.R. 1938, S. 298.

— Bemerkung zum Urteil des R.A.G. vom 19. I. 1938, Z. d. Aka. f. D. R. 1938, S. 671.

— Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann nach dem Gesetz z. Ordn. d. nat. Arb., Festschrift für Hedemann. Jena, 1938, S. 312.

Joerges: Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschafts-Wesen und Rechtsgrund, in D. Arb.R. 1938, S. 91 ff.

— Der Arbeitsvertrag als Begründung des Arbeitsverhältnisses in seiner geschichtlichen Entwicklung, in D.Arb.R. 1938, S. 157 ff.

Larenz: Die Wandlung des Vertragsbegriffs, D.R. 1935, S. 491.

Lommel: Die Bedeutung des § 2 AOG für das Arbeitsschutzrecht, D.Arb. R. 1935, S. 307 ff.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. Leipzig 1902 und 1908.

Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934.

Loschke: Grundsätzliches zur arbeitsrechtlichen Treuepflicht. Kritische Betrachtung der Praxis mit Vorschlägen. D.Arb.R. 1938, S. 249 ff.

Mansfeld: Vom Arbeitsvertrag, eine arbeitsrechtliche Selbstbestimmung, D. Arb. R. 1936, S. 225 ff.

Marx: Das Kapital, Bd. I, Ausgaben von Kiepenheuer, Berlin 1932. Bd. I, S. 168 ff.

Moellmann: Das Dienstzeugnis, 1911.

Molitor: Das Wesen des Arbeitsvertrages, Leipzig 1925.

— Arbeitnehmer und Betrieb, Marburg 1929.

Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, 1925.

Müllereisert: Das Arbeitsverhältnis als Vertrag und als Gemeinschaft des Personenrechts. D.Arb. R. 1938, S. 280.

Nikisch: Die Bedeutung der Treuepflicht für das Arbeitsverhältnis, D.Arb.R. 1938, S. 182 ff.

Nipperdey: Arbeitsvertrag und Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft, D.Arb.R. 1937, S. 142 ff.

Oppermann: Das Arbeitsverhältnis als Gemeinschaftsverhältnis, JW. 1938.

Potthoff: Arbeitsrecht, das Ringen um werdendes Recht, 1928.

Rhode: Und doch Arbeitsvertrag? Z. d. Aka. f. D.R. 1936, S. 371 ff.

Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, in Iherings Jahrb. Bd. 70, S. 223 ff.

Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935.

— Arbeit und Gemeinschaft, in: Deutscher Juristentag, 1936, S. 187 ff.

— BGB-System und völkische Ordnung, in: Deutsche Rechtswissenschaft 1936, S. 204 ff.

— Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis im Jahre 1936, Z. d. Aka. f. D.R. 1937, S. 14 ff.

– Zum Unternehmer- und Betriebsführerbegriff, in: Monatshefte f. nat. soz. Sozialpolitik, 1939, S. 88.

Vallbracht: Die personenrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses, Gießen 1927.
Wehrle: Der Warencharakter der Arbeit und das heutige Recht, Mannheim 1925.
Westpfahl: Die Nichtigkeit von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis auf der Rechtsgrundlage des AOG. Diss. München 1938.
— Warum trägt das Arbeitsverhältnis personenrechtlichen Charakter? D. Arb. R. 1938, S. 329.
— Der Betrieb im Gesetzesentwurf über das Arbeitsverhältnis. Z. f. soz. Prax. 1938, S. 1511.

2. *Kommentare und Lehrbücher:*

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1930.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II, 1930.
Fischbach: Kommentar zum deutschen Beamtengesetz, 1937.
Fleiner: Institutionen, Tübingen 1928, 8. Aufl.
Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht, Bd. III, (Schuldrecht), Berlin 1917.
Hueck: Handbuch des Arbeitsrechts, 1922, 2. Buch.
— Grundriß des deutschen Arbeitsrechts, Berlin 1938.
Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3. u. 5. Aufl. Bd. I, 1931.
Hueck-Nipperdey-Dietz: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 2. Auflage, 1937.
Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht, 4. Auflage, 1932.

Larenz: Vertrag und Unrecht, I, 1936.
Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause: Die Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 1934.
Molitor: Deutsches Arbeitsrecht, Leipzig 1938.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Auflage, Tübingen 1928.
Nikisch: Arbeitsrecht, 1. Halbband, 1936.
Schollmeyer: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1900.
Siber: Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II. Schuldrecht, 1931.
Staub: Kommentar zum HGB, 12. und 13. Auflage, 1936.
Staudinger: Kommentar zum BGB, Bd. II, 1, 7./8. Auflage 1912 und 9. Auflage 1913.
Titze: in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Leipzig 1918.
Tuhr, von: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, Leipzig 1910, Bd. II, München und Leipzig 1914.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich als Sohn des jetzigen Oberstudiendirektors a. D. Dr. Ernst Keßler und seiner Ehefrau Anna geb. Gracher am 16. November 1914 in Trier. Ich besuchte die Vorschule und 9 Jahre das Gymnasium. Am 21. Februar 1933 legte ich am Staatlichen Landfermann-Gymnasium in Duisburg die Reifeprüfung ab und arbeitete anschließend ohne Entgelt ein halbes Jahr lang im Reichsbahnausbesserungswerk Mülheim (Ruhr). Anschließend studierte ich 7 Semester Rechtswissenschaft, und zwar an den Universitäten München, Köln und Lausanne. Nach dem dritten Semester unterbrach ich das Studium, um der halbjährigen Arbeitsdienstpflicht zu genügen. Am 14. September 1937 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht München die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. Oktober 1937 befinde ich mich im gerichtlichen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk München.